Das Zugehen der Willenserklärung als Gegenstand der Zurechnung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Helmuth Arndt
aus Königsberg i. Pr.

Marburg 1934
Druckerei Bauer

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 27. Juli 33.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Professor Dr. Manigk.

Inhalts-Übersicht.

Literaturverzeichnis.

Breit, James: „Zur Lehre vom Rechtsgeschäft" in Sächs=Arch. Bd. 15, 642 ff.
Brodmann: in Ehrenberg's Hdb. d. gesamt. HandelsR. Bd. 4 Abt. 2.
Enneccerus=Nipperdey: „Allg. Teil" Mbg. 1931.
Henle, Rudolf: „Lehrb. d. Bürgl. Rechts" Allg. Teil. Bln. 1926.
— — „Vorstellungs= u. Willenstheorie" 1910.
Hildebrand, H.: „Erklärungshaftung, ein Beitrag z. System d. Bürgl. Rechts" Bln. u. Lpz. 1931.
Hölder: in Iher. Jahrb. 55,413 ff. „Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung".
Isay, Hermann: „Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftes" 1899.
Jacobi, Ernst: „Die Theorie der Willenserklärungen" München 1910.
Larenz, Karl: „Die Methode der Auslegung der Rechtsgeschäfte" Lpz. 1930.
Lehmann, Heinr.: „Allg. Teil des BGB." 1928.
Leonhard, Fr.: in Iher. Jahrb. Bd. 41 S. 34 ff.
Manigk, Alfred: WeWg = „Willenserklärung und Willensgeschäft" Bln. 1907.
— — Irrt. = „Irrtum und Auslegung" Bln. 1918.
— — in RgPraxis = in „Die Reichsgerichtspraxis im Rechtsleben" Bd. 6 S. 94 ff. „Die Revisibilität der Auslegung der We".
— — in „Beitr. z. WirtschaftsR." Bd. 2. S. 591 ff., „Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht".
— — in Iher. Jahrb. Bd. 83, 1 ff.: „System der juristischen Handlungen".
— — in Arch. f. Rechts= u. Wirtsch.=philos. Bd. 26 S. 359 ff.
Mezger, Edmund: „Strafrecht, ein Lehrbuch" Mchn, Lpz. 1931.
Müller=Erzbach: in Iher. Jahrb. Bd. 83, 257 ff. „Kundgebungen im fremden Interessenbereich".
Oertmann, Paul: Komm. z. Allg. Teil, 3. Aufl. Bln. 1927.
Pininski: „Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs nach germ. Recht" Bd. I. Lpz. 1888.
Planck: Planck=Flad, Komm. z. Bürgl. Gesetzb. Bd. I. Bln. 1913. 4. Aufl.
RGRK.: Komm. d. Reichsgerichtsräte. Bd. I. bearb. von Oegg 1928.
Soergel, Hs. Th.: „Komm. bearb. von Keßler Bd. I., Stuttgart 1929.
Staudinger: Bd. I. bearb. von E. Riezler, 9. Aufl. Mchn., Bln. u. Lpz. 1925.
Titze: „Die Lehre vom Mißverständnis" Bln. 1918.
— — in Iher. Jahrb. 47 S. 379 ff.
v. Tuhr, Andreas: „Der Allg. Teil des Deutschen Bürgl. Rechts" Bd. II, 1. 1914.
Warneyer, Otto: „Bd. I. des Komm. z. Bürgl. Gesetzbuch. 2. A. Tübingen 1930.
Wedemeyer, Werner: „Der Abschluß eines obl. Vertrages durch Erfüllung u. Aneignungshandlungen". 1904.
Zitelmann: „Studien z. Entw. d. BGB". 1889 u. 1890.

We = Willenserklärung

E. = Erklärung

Einleitung.

Die Merkmale des ‚Zugehens der We' sind in Schrifttum und Rechtssprechung heute nicht weniger als zur Zeit der Festlegung des Bürgerlichen Gesetzbuches umstritten. Die Unheitlichkeit — und noch mehr die Unbilligkeit der gefundenen Ergebnisse deuten an, daß die dem Recht eigenen Maßstäbe nicht genügend erkannt und berücksichtigt werden. Umso beachtlicher ist es, daß das Reichsgericht der herrschenden Denkrichtung nur insoweit folgt, als sie einer gerechten Abwägung von Schuld und Pflichtwidrigkeit nicht widerspricht. Im Schrifttum weist neuerdings Manigk[1]) auf die Bedeutung der Zurechnung[2]) für die Materie des Bürgerlichen und Handelsrechtes hin. Es sind die ersten Anzeichen, daß die bisher nur im Straf- und bürgerlichen Deliktsrecht vertretene Figur der Zurechnung sich auch in anderen Gebieten des Privatrechts durchsetzt.

---

1) Beitr. z. Wirtsch. R. II S. 598 f., vgl. insb. Anm. 16 a zur Anwendung der Zurechnung auf die Regelung des Zugehens der Willenserklärung. Grundlegend aber schon in „Irrtum u. Auslegung„ 219 ff., 246 ff., 230 ff., 260 f. Vgl. auch Larenz, Die Methode der Auslegung des RG. S. 70 ff., der aber die Zurechnung in ihrer vollen Bedeutung keineswegs erkennt. Vgl. hierzu insb. die Formel auf S. 79, die zwischen einer „übereinstimmend gemeinten" und einer „zurechenbaren Bedeutung" unterscheidet. S. hierzu Teil 3 u. 4 der vorl. Arbeit. — Vgl. zu Larenz auch Manigk, Arch. RWPhilos. 26, 359 ff.

2) Zurechnung ist rechtliche Wertung eines Verhaltens in seiner Bedeutung für den Erfolg. Zurechenbarkeit ist rechtliche Vorwerfbarkeit (im guten wie im schlechten Sinne). Unzurechnungsfähig ist der, dem das Recht die Fähigkeit, Rechtspersönlichkeit zu sein, abspricht. Sein Tun ist daher rechtlich belanglos. (Vgl. hierzu Mezger S. 89 u. § 35, der z. T. anderer Ansicht, und die dort zitierte Literatur). — Ueber die Bedeutung der Z. siehe insbes. S. 39, Anm. 16.

Art und Umfang des Zugangsproblems.

Ob eine We zugegangen ist oder nicht, ist leicht zu entscheiden, solange die E. vom Willen des Absenders zur Kenntnis des Empfängers getragen wird, — kurz solange die rechtliche Verbindung der beiden Kontrahenten zugleich auch eine tatsächliche ist. Die Schwierigkeiten beginnen erst dann, wenn diese tatsächliche Verbindung fehlt, weil der Absender dem Empfänger nichts erklären wollte (vom Wind zugewehtes Vertragsformular) oder der Empfänger von der Willensäußerung des Absenders nichts erfährt (mündliche Kündigung an tauben Mieter).[3])

Folgende vier Beispiele mögen näher in Art und Umfang des Zugangproblems einführen. Sie sind Vorfällen des täglichen Lebens nachgebildet, die — mit Ausnahme des letzten — dem Reichsgericht bereits zur Entscheidung vorgelegen haben.

1. Die Frist zur Annahme eines Vertrages ist auf den 22. März begrenzt. Am Vormittag des 22. teilt O. per Eilbrief die Annahme des Angebotes mit, schickt aber den Brief — statt ordnungsgemäß in die Wohnung — in das Bauunternehmen, das den We-empfänger beschäftigt. Da dieser an jenem Tage außerhalb des Geschäftes arbeitet, kann der Brief am 22. nicht mehr zugestellt werden.[4]) —

2. Auf das Angebot des V.: „Hierdurch biete ich Ihnen auf die für sie eingetragene Hypothek in Höhe von 8000 Rm. den Betrag von 7000 Rm. An dieses Angebot halte ich mich bis Mittwoch, den 9. ds. Mts. gebunden", telegraphiert K. sein Einverständnis. V. macht jedoch

3) Folgende 4 Fälle ergeben sich also:

I. die beiden unstreitigen:
1. Der Absender will und der Empfänger kennt die Erklärung. Hier fallen ‚tatsächliche' und ‚rechtliche' Verbindung zusammen.
2. Der Aeußernde will nicht und der Empfänger erkennt nicht. Tatsächlich und rechtlich ein Nichts.

II. die beiden streitigen:
1. Der Aeußernde will keine E. abgeben, aber der Empfänger faßt sein Verhalten als We auf.
2. Der Aeußernde will, aber der Empfänger erkennt die E. nicht. Wann ist hier die ‚We' ‚zugegangen'? —

4) nachgebildet RGE. 56 S. 262 ff.

an diesem Tage mit seiner Familie eine Autotour an die Ostsee. Infolgedessen gelangt das Telegramm erst am 10. ds. Mts. in seine Hände.[5]) —

3. Der Vermieter V. ist verreist und hat die Post angewiesen, Briefe u. dgl. nach Lübeck, und später, nach Hamburg postlagernd nachzusenden. Der letzte Nachsendungsantrag hat gemäß den postalischen Vorschriften nur eine Geltungsdauer von 14 Tagen. Infolgedessen trägt es sich zu, daß der Kündigungsbrief des Mieters M., der nach Fristablauf in Lübeck eintrifft, in Lübeck liegen bleibt und später dem Absender M. uneröffnet zurückgesandt wird. Obwohl M. erkennt, daß sein Kontrahent den Brief nicht erhalten hat, unterläßt er es, die Zusendung zu wiederholen.[6]) —

4. Zum Abschluß ein Fall aus dem Gebiet der mündlichen Erklärungen: Der Unternehmer U. trifft seinen Angestellten R. auf der Straße und teilt ihm mit: „Sie sind zum nächsten 1. gekündigt." R. versteht die Worte nicht, da ihm unwohl ist. In der berechtigten Annahme, daß es sich um das gewöhnliche „Guten Abend" gehandelt habe, geht er nach Hause. —

5) nachgebildet RGE. 58 S. 406 ff.; vgl. auch RGE. 95 S. 315 ff.

6) nachgebildet RGE. in Seuff. Arch. 87, 299 ff. (abgedruckt auch in DJZ. 1933 S. 1288), vgl. ferner RGE. 110 S. 34 ff.

Teil 1.

Die Lehre vom ‚Zugehen' der We in der Wissenschaft.

Kapitel 1. Uebersicht der Meinungen.

Das Schrifttum scheidet im Gebiete des Zugehens zweierlei ‚Arten' von ‚Willenserklärungen': „Erklärungen unter Anwesenden" und „Erklärungen unter Abwesenden".[1])

Die Erklärungen ‚unter Anwesenden' werden nach vorherrschender Ansicht nur ‚wirksam', wenn sie verstanden sind.[2])

Die „Erklärungen ‚unter Abwesenden' wirken demgegenüber schon durch ihr „Zugehen", ‚also' im Falle ihrer „objektiven Erkennbarkeit". So lassen Enneccerus, Warneyer u. a. Erklärungen unter Abwesenden zugehen, „sobald der Empfänger bei normaler Gestaltung seiner Verhältnisse die Kenntnis des Erklärungsinhaltes sich verschaffen kann und die Kenntnisannahme nach den Gepflogenheiten des Verkehrs von ihm erwartet werden muß." Zum gleichen Ergebnis bei anderer Formulierung kommt Lehmann, ferner Oertmann, der die „allgemeine Möglichkeit der Kenntnisnahme" für ausreichend hält.

Von den 5 (!) Definitionen Planck's finden zwei auf die E. unter Abwesenden Anwendung. Die erstere ist für solche Fälle gedacht, in denen zum Zugehen Besitz erforderlich ist, die zweite für jene, in denen ein Besitzerwerb nicht möglich ist. Die letztere Definition — als die umfassendere von beiden — stimmt mit den genannten Ansichten überein.

---

1) Enneccerus-Nipperdey §149 A u. B; Oertmann § 130, 3; Planck § 130; Warneyer § 130 II; Lehmann § 32 S. 202; Kuhlenbeck § 130 Z. 3.; ferner Titze S. 192; v. Tuhr § 61; Staudinger § 130 Z. 3 und vor allem J. Breit S. 659 ff. Ebendort eine fast lückenlose Uebersicht über den Stand der Meinungen anno 1905. — Aufschlußreich ist innerhalb der H. M. der Streit, ob nicht statt unter An- und Abwesenden besser unter ‚dauernd' und ‚nur vorübergehend wahrnehmbaren' oder besser unter ‚verkörperten' und ‚nicht verkörperten' E. zu scheiden sei.

2) so Enneccerus-Nipperdey § 149 B; Oertmann § 130, 4 aβ; Planck § 130 2b; Lehmann § 32 S. 203 Z. 3.

Auch Titze, v. Tuhr und Staudinger wollen für sog. „verkörperte“ E. den objektiven Maßstab des Verkehrsmäßigen entscheiden lassen, ohne die konkreten Verhältnisse des Empfängers zu berücksichtigen. Darüber hinaus macht Titze (vgl. auch J. Breit) das Zugehen von einem Besitzerwerb abhängig.

Für „nicht verkörperte“ E. lassen diese Autoren — entgegen der h. M. — ebenfalls die objektive Erkennbarkeit, die ‚normalen Umstände‘ genügen. Nur soll die E. auch dann zugehen, „wenn der Erklärende unmittelbar nach der Erklärungsabgabe den Mangel der gegnerischen Wahrnehmung entweder gemerkt hat oder doch wenigstens bei Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bemerken konnte“.[3])

Der übrige Teil der Schriftsteller verwirft die Scheidung von zweierlei Arten von We als grundlos.

Unter ihnen fordert Henle[4]) zum Zugang den objektiven Schein der Kenntnisnahme: „maßgebend ist nicht, ob der Gegner wahrnehmen kann, sondern ob er als einer, der wahrnehmen kann, erscheint“.

Soergel und der RGRK[5]) lassen eine Aeußerung dann zugehen, wenn die E. derartig „in den Bereich des Erklärungsgegners gelangt ist, daß es ausschließlich an ihm lag, ob er sie ‚vernehmen‘ — kennen lernen — wollte oder nicht“ (RGRK § 130, 1). Auch diese Begriffsbestimmung berücksichtigt also die konkreten Verhältnisse des Empfängers nur insoweit, als der objektiven Bedingung „Gelangen der E. in den Bereich des Empf., daß.. ausschließlich..“ genügt ist.

Erst neuerdings ist von Manigk[6]) angeregt worden, das ‚Zugehen der We‘ unter dem Gesichtspunkt der Zurechnung zu erfassen: „Treu und Glauben gebieten offenbar, dem Empfänger nichts zuzurechnen, für das er nicht infolge eigenen Verhaltens unter dem Gesichtspunkt der Schuld verantwortlich gemacht werden kann.“ „Zugegangen ist eine We dann, wenn sie dem Empfänger durch den Erklärenden so nahe gebracht ist, daß er bei Anwendung der verkehrsgemäßen Sorgfalt von ihr Kenntnis zu erlangen vermag.“

Einen neuen Gesichtspunkt bringt auch Müller-Erzbach, sofern er das Zugehen von einer überwiegenden Einwirkungsmög-

---

3) Titze 219; v. Tuhr § 61; Staudinger Vorbemerk. 6 vor § 116.
4) Henle, Lehrb. 59.
5) Soergel § 130; RGRK. § 130, 3. 1.
6) in „Beitr. z. WirtschaftsR“ II, 599 Anm. 16 a. — Vgl. auch Jh. Jahrb. 83, 64 ff. —

lichkeit, einer überwiegenden Gefahrbeherrschung des Empfängers abhängig macht.[7])

Eine Reihe verschiedenartiger, teils sich widersprechender Lösungen stehen sich gegenüber. Dies zeigt die Schwierigkeit der Aufgabe wie den Weg ihrer Lösung.

Kapitel 2. Die Billigkeit ihrer Ergebnisse.

A. Erklärungen unter Anwesenden.

I.

Erklärungen unter Anwesenden werden — wie wir sahen — nach h. M. nur wirksam, wenn der Empfänger sie versteht. Dies Ergebnis ist solange brauchbar, als der Empfänger die We erkennt oder der Erklärende das Nichterkennen bemerken konnte. Diese Fälle werden auch die Regel bilden. Aber wenn die h. M. darüber hinaus die Behauptung aufstellt, daß ein Drittes „undenkbar" und „logisch unmöglich"[8]) ist, so übersieht sie alle jene Fälle, in denen der Empfänger die der Verkehrssitte gemäß geäußerte E. durch eigene Schuld nicht verstanden hat, ohne daß sein Gegner dies erkannte oder auch nur erkennen konnte.

Es sind dies jene fast alltäglichen Fälle, in denen jemand seinem Mitmenschen etwas ‚erklärt', dieser aber, mit anderen Gedanken beschäftigt, nicht ‚zuhört', am Schlusse aber — um den anderen los zu werden — höflich ja sagt. Man stelle sich einen Gelehrten vor, der ausnahmsweise einmal seine Einkäufe selbst tätigt. Er kann noch im Laden derart in Gedanken vertieft sein, daß er den Sinn der an ihn gestellten Fragen, ja die Worte selbst nicht vernimmt. Er wird auf alle Angebote des Ladenfräuleins, ihm dies und jenes zu schicken, mit einem Kopfnicken antworten, um durch ihre Fragerei nicht weiter gestört zu werden.

Auch ein routinierter Börsenmakler kann — über einen plötzlichen Kurssturz vertieft — ein Telefongespräch mit einem lakonischen „Ja" beenden, ohne ein Wort des an ihn gerichteten Kaufangebotes „verstanden" zu haben.

7) in Jh. Jahrb. 83 S. 292 f. — Leider läßt M-E. im Unklaren, ob die Beherrschung, von der er spricht, eine konkrete oder nur generelle ist, oder ob sie sogar beides zugleich sein kann. So hängt seine Polemik gegen das Schuldprinzip in der Luft. Vgl. S. 25 Anm. 14.

8) So u. a. Oertmann § 130, 4 a: „Hier ist ein vom Vernehmen verschiedenes Zugehen logisch undenkbar." Sein Satz: „die E. wird entweder vernommen oder nicht; tertium non datur." gilt für alle Erklärungen, beweist indessen nicht, daß bei E. unter Anw. ‚zugehen' und ‚vernehmen' identisch sind! —

Weder die Verkäuferin noch der Geschäftsfreund des Börsenmaklers aber werden in der Regel die Unaufmerksamkeit ihres Gegenüber erkennen können. Sollen sie trotzdem für die grobe Nachlässigkeit ihrer Geschäftsgegner mit der Unwirksamkeit ihrer WE haften? Eine solche Annahme ist mit Treu und Glauben unvereinbar und verstößt gegen die Sicherheit des Rechtsverkehrs.

Dagegen läßt sich auch nicht einwenden, daß eine Rechtspflicht gegeben sei, sich durch Fragen zu vergewissern, ob der Gegner die E. bemerkt habe. Rechtspflichten und Verkehrssitte sind stets dem „Normalen", dem Regelmäßigen angepaßt. Normal ist, daß der Empfänger aufpaßt, wenn er angeredet wird, — oder wenigstens selbst um Wiederholung nicht verstandener Worte bittet. Auch wird sich durch Fragen die Aufmerksamkeit des Gegners kaum feststellen lassen. Hat er zuerst „ja" gesagt, ohne hingehört zu haben, so beweist auch das zweite und dritte „Ja" nicht, ob er etwas vernommen hat oder nicht.

II.

Diese unbillige Benachteiligung des Absenders bei Anwesenheit der Kontrahenten vermeidet die von Titze (192) und v. Tuhr vertretene Meinung, nach der ‚nicht verkörperte' E. wirksam sind, „wenn sie in verständlicher und verkehrsüblicher Weise abgegeben werden" (v. Tuhr 439). Damit kommen sie aber umgekehrt zu dem unerwünschten Ergebnis, daß der Empfänger solche E. auch dann gegen sich wirken lassen muß, wenn er sie trotz Aufwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt nicht erkennen konnte. „Wenn der Angeredete durch abnorme in seiner Person liegende Umstände an der Kenntnisnahme gehindert ist, so entspricht es der Billigkeit (?), daß diese Umstände ihm zur Last fallen." (v. Tuhr 439). v. Tuhr ist anscheinend davon ausgegangen, daß den durch ein Gebrechen u. dgl. vom Normalmenschen abweichenden die besondere Verkehrspflicht trifft, andere auf seine ‚Krankheit' aufmerksam zu machen. Insoweit ist ihm auch zuzustimmen. Aber einmal wird der Betroffene nicht immer seiner Anzeigepflicht nachkommen können. Zum anderen ist durchaus denkbar, daß er ihr genügt hat, ohne daß der Gegner dies anerkennen konnte. Drittens ist endlich möglich, daß im Einzelfall eine solche Rechtspflicht nicht entstanden ist. Dies wird beispielsweise im Fall 4 der eingangs angeführten Fälle anzunehmen sein. In allen diesen Fällen hat keiner von beiden das Nichterkennen der WE verschuldet. Hier sagt die Billigkeit, daß der Handelnde die Gefahr zu vertreten hat: „Cujus commodum, ejus periculum!"

Eigenartigerweise bestimmen demgegenüber v. Tuhr und Titze des Absenders Verhalten unter dem Gesichtspunkt der Schuld. „Wenn der Erklärende bei oder unmittelbar nach (!) der Erklärung merkte oder merken konnte, daß seine Worte nicht verstanden werden, ist die Erklärung unwirksam" (v. Tuhr 439). „Unter solchen Umständen darf der Erklärende nach Treu und Glauben nicht annehmen, daß der Zweck seiner Erklärungstätigkeit erreicht ist." Hier hat, mit anderen Worten gesagt, der Absender die Pflicht, die E. zu wiederholen. Vorher hat er seine Pflicht, dem Gegner seinen Willen ordnungsgemäß kundbar zu machen, nicht genügt.

Indessen muß die gleiche Formel auch gelten, wenn der Absender vor Abgabe der E. die „Unzulänglichkeit" seines Erklärungsmittels erkannt hat oder wenigstens erkennen mußte. Die Annahme Titze's, daß es sich hier nicht mehr um „Erklärungen im Rechtssinne" handle, stimmt nicht. Denn auch, wenn der Schein des Rechtsfolgewillens fehlt, kann der Rechtsfolgewillen selbst gegeben sein.

Seine Behauptung führt auch zu wenig billigen Ergebnissen: die ‚verkehrswidrige' E. wäre nichtig, gleichgültig, ob der Empfänger sie bemerkt hat oder nicht. Solche ‚Zufälle' sind nicht unmöglich. Es kann jemand, der den objektiven Verkehrsnormen zuwiderhandelt, im konkreten Fall das „Richtige" treffen. Man denke nur an das „bösliche" Scherzgeschäft! Versteht aber der schwerhörige Empfänger die in halblauter Sprache an ihn gerichtete E. und richtet sich demgemäß ein, — nimmt auf die Kündigung hin eine neue Wohnung, — so kann es nicht Rechtens sein, daß der Absender an seine E. nicht gebunden ist. Der Erfolg solcher Lehre wäre, daß der Schuldige — gleichgültig, ob leicht oder sogar grobfahrlässig — geschützt, der Unschuldige dagegen haften müsse.

B. Erklärungen unter Abwesenden.

I.

Unter Abwesenden sollen nach Titze und v. Tuhr WE dann zugehen, wenn das „Schriftstück dergestalt in den Besitz des Adressaten gelangt ist, daß dieser unter normalen Umständen ohne weiteres von ihrem Inhalte Kenntnis nehmen kann" (Titze 193).[9]) Ob den Empfänger, wenn er trotzdem die E. nicht erkennt, eine Schuld trifft, ist demnach belanglos.

---

9) ähnlich J. Breit in S. Arch. 15, 642 ff.; Staudinger in Vorbem. 6 vor § 116.

Titze, der selbst die Unbilligkeit seiner Ergebnisse einsieht, fordert sogar, der Empfänger solle auch dann noch haften, wenn der Erklärende seinerseits die „Undeutlichkeit" des Erklärungsmittels verschuldet habe, sofern er nur der allgemeinen Verkehrssitte genügte. Dieser Fall ist indessen ‚logisch unmöglich'. Wer die Undeutlichkeit seines Erklärungsmittels verschuldet, hat der Pflicht, ordnungsgemäß zu erklären, nicht genügt. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wollte er „aus seinem Verschulden zum Nachteile des anderen einen Vorteil herleiten" (RGE. 58, 406ff.

Titze, der wie v. Tuhr zwischen „dauernd" und „nur vorübergehend wahrnehmbaren" E. unterscheidet, kommt noch zu einem zweiten unwillkommenen Ergebnis. Nach seiner Begriffsbestimmung des Zugehens, die den Besitz als Mindesterfordernis des ‚Zugehens' herausstellt, können Offerten auf Plakaten an Litfaßsäulen oder Gartenzäunen niemals zugehen. Denn trotz ihrer dauernden Wahrnehmbarkeit kann kein Passant in ihren ‚Besitz' gelangen, — er müßte denn das Schild abreißen und mit sich forttragen![10])

Aber auch ihre erste Behauptung, eine ordnungsgemäßig abgegebene E. sei wirksam, auch wenn der Empf. sie nicht erkennen konnte, entspricht nicht den Gesetzen der Billigkeit.

Der Hauswirt hat einem Mieter zum nächsten 1. rechtzeitig gekündigt. Infolge schwerer Krankheit hat dieser erst am letzten des Monats von der Kündigung Kenntnis nehmen können. Muß er dennoch am folgenden Tage ausziehen — ohne Rücksicht darauf, daß er in der kurzen Zeit eine andere Wohnung nicht finden kann?

An einer Getreidebörse genügt zur Annahme eines Kaufs- oder Verkaufsangebotes schon ‚Stillschweigen'. Der Kaufmann K. ist durch besondere Umstände an der Kenntnisnahme an ihn addressierter Offerten verhindert, hat dies aber in verkehrsüblicher Weise zur Anzeige gebracht. Durch Zufall ist der schwedische Kaufmann S. nicht in den Besitz der Anzeige gelangt und erklärt dem K. telegrahpisch ein Angebot auf 100 Waggon Weizen. Auch hier würde nach dieser Lehre dem K. die Offerte zugehen, er sich also nach Verlauf einiger Tage zur Lieferung von 100 Waggon Weizen verpflichten, ohne daß er von den ganzen Geschehnissen etwas ahnte oder auch nur hätte ahnen können. —

10) Das gleiche gilt für Offerten-Schilder, die in einem Schaufenster ausgelegt sind. Hier zeigt sich deutlich, was Titze, J. Breit und v. Tuhr verkennen: Die E. ist nicht mit ihrer ‚Verkörperung' identisch! — Gegen Titze eingehend schon Manigk in WeWg. S. 309ff.

Diese Ergebnisse sind für den Empfänger um so unbilliger, als das Gesetz den Erklärenden auch gegen die Folgen grobfahrlässigen Irrtums schützt (durch die Anfechtungsmöglichkeit in § 119 BGB).[11] Kann es dann im Sinne des Gesetzes liegen, eine E. gegen den Empfänger wirken zu lassen, die er ohne ein Verschulden übersah?

II.

Diese für den Empfänger überaus ungerechte Entscheidung wird von der herrschenden Lehre geteilt[12]), und gerade von Autoren, die bei E. unter Anwesenden den Erklärenden für jeden Mißerfolg verantwortlich machen.[13]) Es ist aber **Willkür**, bald den einen, bald den anderen haften zu lassen, je nachdem die E. — schriftlich niedergelegt ist oder nicht. Die tieferen Zusammenhänge zwischen Schuld und Haftung fordern auch im Gebiete des Zugangs ihre Berücksichtigung.

C. Soergel und der RGRK.

Eine Reihe von Schriftstellern lehnen eine verschiedenartige Behandlung ‚verkörperter' und ‚nicht verkörperter' E. ab. Unter ihnen lassen Soergel und der RGRK[14]) jede E. zugehen, wenn sie „derartig in den Bereich des Erklärungsempfängers gelangt ist, daß es ausschließlich an ihm lag, ob er sie ‚vernehmen' — kennen lernen — wollte oder nicht" (RGRK § 130 Z. 1). Auch diese Begriffsbestimmung wird nicht allen Fällen gerecht.

Sie versagt zunächst einmal dann, wenn der Empfänger selbst verschuldet, daß die E. nicht „ausschließlich" in seinen (tatsächlichen) „Bereich"[15]) gelangt. Ein gutes Beispiel gibt hier unser Fall 2 (s. S. 2): Hier hatte der Offerent eine Frist für die Annahme seines Vertragsangebotes bestimmt, war aber innerhalb der Frist nicht zur Annahme bereit, da er mit seiner Familie eine Autotour machte. Mit vollem Recht hat das Reichsgericht im entsprechenden Fall die E. dennoch für zugegangen erachtet. Handelt der Empfänger doch „gegen Treu und Glauben", wollte er „aus seinem Verschulden zum Nachteile des anderen einen Vorteil herleiten" (RGE. 58 S. 406ff.).[16])

---

11) Ebenso Titze S. 204 f. —
12) Enneccerus-Nipperdey § 149; Warneyer § 130 II; Lehmann § 36 II 2; Planck § 130; ferner für alle We: Henle S. 59. —
13) — und den Empfänger nicht einmal für grobes Verschulden! — —
14) Ferner Henle, der stets den objektiven Rechtsschein genügen läßt.
15) Meinte der RGRK. den „rechtlichen" Bereich, was leider nicht der Fall ist, so wäre der hier gemachte Vorwurf hinfällig. Vgl. Teil 3 u. 4.
16) vgl. hierzu S. 16 f.

Ebenso versagt sie für den Fall eines beiderseitigen Verschuldens.

Nehmen wir z. B. an, der Wirt W. hat seinem Mieter M., der in ein Seebad gereist ist, den Kündigungsbrief grobfahrlässiger Weise statt in das Seebad in ein Hotel gleichen Namens im Harz nachgesandt. Zufällig ändert M. unterwegs seinen Reiseplan und steigt gerade in jenem Hotel ab, wo er das Schreiben des Wirtes auch vorfindet. Da er aber annimmt, daß der Brief nicht an ihn gerichtet sein könne, weil er seinen Aufenthalt noch unbekannt wähnt, gibt er ihn unbesehen dem Hotelierportier zurück. Auch hier ist die E. „derartig" in seinen „Bereich" gelangt, „daß es ausschließlich an ihm lag, ob er sie . . . kennen lernen wollte oder nicht". Trotzdem kann es nicht immer billig und gerecht sein, ihm statt des Wirtes die Haftung aufzuerlegen.

In beiden Fällen scheitert die Billigkeit des Ergebnisses an der objektiven Bedingung des „ausschließlich in den Bereich Gelangens", die hier ohne jeden ersichtlichen Grund das Schuldprinzip durchbricht und damit in den angeführten Fällen eine gerechte Schuldabwägung verhindert.

Keine der hier behandelten Lösungen wird somit der Billigkeit gerecht.

Kapitel 3. Die Stichhaltigkeit ihrer Begründung.

A. Vorbetrachtung.

Eine Lehre, welche bei einer Interessenverletzung die Schuld für unerheblich erklärt, muß gewichtige Gründe haben. Denn eine allgemeine rechtsvergleichende Betrachtung zeigt, daß Gesetz und Wissenschaft das Erfordernis der Schuld zu einem allgemeinen Haftungsprinzip erhoben haben, das nur aus besonderen Gründen von einer sehr geringen Anzahl von Ausnahmen durchbrochen wird.

So können wir von der im Schrifttum überwiegenden Meinung eine eingehende Begründung verlangen, warum gerade hier der Gesichtspunkt der Schuld ganz oder wenigstens teilweise außer Acht gelassen werden darf. Allein nur wenige Schriftsteller haben das Schuldproblem überhaupt berührt. Es scheint fast so, als ob über jenem alten Streit der Vernehmungs-, Aeußerungs- und Empfangstheorien die Frage nach dem Haftungsgrund unbeachtet geblieben ist.[17])

17) Manigk Wirtsch. R. II 649 f. besonders Anm. 98 geht auf die von anderen vertretenen Grundsätze der Gefährdungshaftung sowie der Veranlassung ein, lehnt sie als ungeeignet ab und begründet die Schuldhaftung. — Vgl. aber auch S. Teil 3 u. 4; insb. S. 30ff.

B. Im Gebiet der E. unter Anwesenden.

Im Gebiete der Erklärungen „unter Anwesenden" wird die völlige Ausschaltung der Zurechnung teils mit einem Analogieschluß[18]), teils auf Grund eines „argumentum e contrario" [19]) aus § 130 abgeleitet (!). Diese Begründungen widersprechen sich aber nicht nur selbst, sondern auch dem Sinn des Gesetzes, das sie auszulegen versuchen; denn das Gesetz will für E. unter Anwesenden überhaupt nichts bestimmen (vgl. Mot. I § 74), um irrige Ansichten nicht zu verewigen, sondern Raum für wissenschaftliche Forschung der Zukunft zu lassen (ebenso Titze 210; Staudinger Vorbem. zu § 116).

Auch auf die „Notwendigkeit" der — in Wahrheit willkürlichen — Scheidung von E. unter An- und Abwesenden läßt sich eine solche Annahme nicht stützen.

Weder sind die schriftlichen E. dauernd wahrnehmbar: sie können verbrennen oder sonstwie untergehen, noch können die mündlichen We allein zur Zeit „ihrer Abgabe" wahrgenommen werden. Auch hier kann der Empfänger die an ihn gerichtete We erst geraume Zeit nach „Empfang" der Worte als We erkennen. Nur der Umstand, daß „hören" und „verstehen" zeitlich oft zusammenfallen, läßt dies übersehen. Streng genommen aber sind „Hören" und „Verstehen" (nämlich das Hören der Worte und das Erkennen der We!) zwei verschiedene Vorgänge. Der Schlafende versteht das, was man ihm nachts zuflüstert, erst am nächsten Morgen. Der dümmste Schüler ‚hört', was der Lehrer vorträgt, aber er ‚versteht' es nicht. Der Unaufmerksame ‚hört' die Worte einer E., aber erkennt nicht, was sie besagen.

So ist möglich, daß der zerstreute Professor oder der bestürzte Makler, sofern sie nur die Worte der an sie gerichteten E. ‚gehört' haben, sich diese nach einiger Zeit aus der Tiefe ihres Gedächtnisses zurückrufen — und Stunden, ja oft Tage später erkennen, daß sie nicht belanglose Freundlichkeiten, sondern ein Rechtsgeschäft enthielten.[20])

---

18) u. a. Enneccerus-Nipperdey § 149 B 1.

19) u. a. Oertmann § 130 4 a β; Fr. Leonhard S. 27 in ‚Bürgerl. Recht' 1932.

20) Diese Darstellung wird belegt durch die unbilligen Ergebnisse jener Lehren, die diesen nicht-existenten Unterschied von zweierlei E. zu ihrer Voraussetzung machen (vgl. S. 6 ff., insb. S. 10). — Ebenso Brodmann § 4 Anm. 1: „Es gibt nur einen Begriff der We, nicht zwei oder mehr, je nachdem wie u. mit welchem Mittel sie abgegeben wird."

C. Im Gebiete der E. unter Abwesenden.

Im Gebiete der E. unter Abwesenden unternimmt allein Titze den Versuch, die Bedeutungslosigkeit eines Verschuldens zu begründen. Es sei ein anderes de lege ferenda nicht möglich, „ohne die Empfangstheorie im Prinzip preiszugeben (?). Die Kosten solcher Preisgabe aber würde die Verkehrssicherheit zu tragen haben" (Titze 205).

Demgegenüber zeigen die Urteile des Reichsgerichts, daß der Rechtsverkehr die Anwendung des Schuldgedankens nicht nur erfordert, sondern sogar gegen die Autorität Titze's durchgesetzt hat (vgl. S. 14 ff.). Von der „Empfangstheorie" wird später erst zu sprechen sein. Nur so viel sei hier vorweggenommen: § 130 BGB macht die Wirksamkeit der We. nicht von ihrer ‚Verkörperung', sondern ihrem eigenen Zugang abhängig. Die We. schafft eine rechtliche Beziehung zweier Rechtsgenossen. Ihr „Empfang" kann daher auch kein ‚körperlicher', sondern nur ein ‚rechtlicher' sein. Er vollzieht sich nicht in der natürlichen Welt, sondern in der Welt des Rechts. Das Recht aber wertet nach Pflichterfüllung und Pflichtverletzung, nach rechtlichem Können und rechtlicher Schuld.[21])

Auch Titze will mit seinem am Besitz orientierten Zugangsbegriff „an die Stelle der herrschenden Definition, die nur mit der ‚normalen' und der ‚verkehrsüblichen' ‚Möglichkeit der Kenntnisnahme' und dem ‚Macht-' oder ‚Herrschaftsbereich' operiert, eine präzisere und gewissermaßen juristischere Begriffsbestimmung" setzen (Titze 193).

Ob der Besitz ein übermäßig „präzises" Gebiet ist, mag dahingestellt bleiben.[22]) Titze irrt schon, wenn er annimmt, daß die präzisere Definition die „juristischere" sei. Denn gerade das Recht verlangt die individuelle Anpassung an den Einzelfall. „Das ist nicht Willkür und nicht Verzicht auf die Positivität des Rechts, sondern lediglich Ausdruck einer logischen Notwendigkeit" (Mezger 374).

---

21) vgl. hierzu näher S. 22 ff., insb. 25 f.
22) Vgl. hierzu Brodmann § 4 Anm. 3 und Manigk WeWg: „nur umso größeres Dunkel". (S. 309).

Teil 2.

Die Lehre vom ‚Zugehen der We' in der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Kapitel 1. Der Ausgangspunkt seiner Rechtssprechung.

In seinen ersten Entscheidungen fordert das Reichsgericht zum ‚Zugehen der We' — ähnlich wie später Titze u. J. Breit — das Gelangen der E. in die „tatsächliche Verfügungsgewalt" des Empfängers. So sagt RGE. 50, 194 f.: „Wählt jemand für die Mitteilung eines Vertragsangebotes das Mittel eines verschlossenen Briefes, so ist . . . das Angebot . . . ‚zugegangen' i. S. des § 130 BGB, sobald der Brief in verkehrsüblicher Art in die tatsächliche (!) Verfügungsgewalt[1]) des Adressaten oder eines Anderen, der ihn in der Empfangnahme von Briefen vertreten konnte, gelangt und ihm in dieser (!) Weise die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft ist."

Auch in der folgenden Entscheidung, RGE. 56, 262 ff.[2]), klingt die Lehre von der „tatsächlichen Verfügungsgewalt" noch an. Es kann — meint hier das Reichsgericht — „in dem Vorzeigen des Einschreibebriefes ohne Ablieferung desselben ein Zugehen der darin befindlichen Annahmeerklärung deshalb nicht gefunden werden . . ., weil durch diesen Vorgang der Bekl. nicht in die Möglichkeit versetzt wurde, dieselbe in Erfahrung zu bringen." Aber schon hier wird deutlich, daß das gefundene Ergebnis auf anderen, tiefer liegenden Gesichtspunkten beruht. Dies zeigt sich, wenn das Reichsgericht die bisherige Feststellung zur Begründung seines Urteils nicht genügen läßt, sondern weiterprüft, ob nicht dennoch die We. zugegangen ist, weil der Empfänger seine Pflicht zur Annahme verletzt habe. Eine solche Pflicht — und dies ist das Entscheidende — besteht in diesem Falle nicht. „Der gegenwärtige Fall ist nicht so gelagert, daß den Bekl. ein begründeter Vorwurf einer Pflichtverletzung treffen könnte. Insb. kann der Empf. nicht dafür ver-

---

1) J. Breit S. 658: „Dieses tatsächliche! Gelangen der Urkunde in die tatsächliche! Verfügungsgewalt . . . bezeichnet das Gesetz als Zugang" (Theorie des tatsächlichen! Empfanges).

2) Ihr liegt Fall 1 (S. 2) zu Grunde.

pflichtet erachtet werden, in dem Geschäftsraume, welcher nicht einem ihm eigenen Geschäfte dient, einen Bevollmächtigten zu bestellen für den Fall, daß eine Annahmeerklärung auf seinen Vertragsantrag . . . anstatt nach seiner Wohnung, in das Geschäft, in welchem er lediglich Angestellter ist, gerichtet werden könnte . . ."

Kapitel 2. Die Fiktionstheorie.

In diesen ersten Entscheidungen hat die Lehre von der „tatsächlichen Verfügungsgewalt" einem billigen, dem Rechtsverkehr entsprechenden Urteil nicht im Wege gestanden. Das Vorliegen der „tatsächlichen" Empfangsmöglichkeit entsprach zufällig dem Grundsatze von Pflichtwidrigkeit und Schuld. Erst in der folgenden Entscheidung, RGZ. 58, 406 ff., wird die richtige Problemstellung akut.

Ihr liegt der schon eingangs erwähnte Fall zu Grunde, daß auf ein Angebot des Bekl.: „Hierdurch biete ich . . . usw. An dieses Gebot halte ich mich bis Mittwoch den 9. c. t. abends fest gebunden." der Kl. sein Einverständnis am 9. nachmittags per Eilbrief mitteilt. Bekl. ist jedoch an diesem Tage ohne ersichtlichen Grund von Hause abwesend. Infolgedessen gelangt der Eilbrief erst am 10. d. Mts. in seine Hände.

Der Versuch auch diesen Fall nach der Lehre von der „tatsächlichen" Verfügungsgewalt zu entscheiden, muß mißglücken. Er führt zu dem Ergebnis: „Die mehrfachen Versuche der Bestellung erfüllten nicht den Begriff des Zugehens, da sie dem Bekl. nicht die Möglichkeit gaben, von der Annahmeerklärung Kenntnis zu erlangen." Wäre das Reichsgericht bei diesem Satze stehen geblieben, so wäre der Empfänger, dessen schuldhaftes Fernbleiben einen Erfolg[3]) allein verhindert hatte, frei ausgegangen und der schuldlose Absender müßte den Schaden tragen. Das erkennt auch das Reichsgericht. Aber noch weit entfernt, den „Empfang" zu vergeistigen und damit zugleich die Auslegung des Wortes „zugehen" dem richtigen Sprachgebrauch anzupassen (vgl. S. 23 f.), sucht es den Fehler in der „Empfangstheorie" selbst. „Ueberall tritt . . . das Bestreben zutage, die Unzuträglichkeiten, die sich aus der im § 130 BGB angenommenen Empfangstheorie für den Rechtsverkehr ergeben können, zu beseitigen."[4])

---

3) nämlich seine Kenntnisnahme!

4) Für die Theorie des ‚tatsächlichen' Empfanges, wie sie insbes. Titze, J. Breit, v. Tuhr, Staudinger vertreten, stimmt dieser Satz, für eine Th. des ‚rechtlichen' Empfanges dagegen nicht!

Den Ausweg, den das Reichsgericht aus diesem Dilemma findet, ist die Fiktion. Es sei nicht zu leugnen, — lehrt das Reichsgericht, — „daß das Gesetz (§ 149 BGB) beim Vorliegen anderer Umstände (!) diese Fiktion aufstellt.[5]) Dergleichen Umstände, die in der Person des Adressaten ihren Grund haben, können durch Arglist, durch Verschulden oder durch Zufall herbeigeführt werden. Für den Fall der Arglist muß die Fiktion der Rechtzeitigkeit des Zugehens für begründet erachtet werden. Nach den §§ 162 und 815 BGB gelten eine Bedingung und ein mit einer Leistung bezweckter Erfolg als eingetreten, wenn der Eintritt wider Treu und Glauben vereitelt ist. Diese Bestimmungen sind nicht Ausnahmevorschriften, sondern Einzelanwendungen des das Bürgl. Gesetzb. beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben. Ihre entsprechende Anwendung auf Fälle der vorliegenden Art ist demnach nicht ausgeschlossen, sondern geboten." — „Für den Fall des Verschuldens (!) passen jene Anwendungsfälle des Grundsatzes von Treu und Glauben nicht; aber der Grundsatz ist eben auf jene Anwendungsfälle nicht beschränkt, sondern beherrscht den ganzen rechtsgeschäftlichen Verkehr."

An diesen Ausführungen ist richtig, daß Treu und Glauben den „ganzen rechtsgeschäftlichen Verkehr" beherrschen und weitgehend im Bürgl. Gesetzbuch berücksichtigt werden. Treu und Glauben besagen aber nicht, daß eine Umgehung positiver Gesetzesnormen zugelassen sei, falls besondere Umstände (Arglist, Verschulden oder — Zufall) dies wünschenswert machen. Alle Vorschriften des Bürgl. Gesetzb. ließen sich auf solchem Wege durch „Fiktionen" im Sinne Vaihingers ersetzen. Zwingende Vorschriften wären mit Leichtigkeit „nachgiebig" geworden. Daher ist die Anwendung des Grundsatzes von „Treu und Glauben" ebenso wie die Berücksichtigung „besonderer Umstände" nur im Rahmen des Gesetzes gestattet. Sie sind Mittel der Auslegung, nicht aber individueller Willkür. Somit verstößt der Satz, daß die Erfüllung nicht erfüllter Gesetzestatbestände besonderer Umstände halber fingiert werden dürfe, gegen das geltende Recht. Er ist mit Sinn und Zweck des Bürgl. Gesetzb. unvereinbar. Er bedeutet das Ende allen positiven Rechts.

Kapitel 3. Der innere Grund für die Aufstellung der Fiktion.

Auch der in RGE. 58 S. 406 ff. erkennende Senat wird sich der Bedenklichkeit einer solchen Beweisführung bewußt gewesen sein. Aber

5) § 149 enthält keine Fiktion, sondern entspricht lediglich der Lehre von der Zurechnung. Vgl. S. 27 f. —

er übersieht sie mit Rücksicht auf die — Recht und Verkehr allein entsprechende — Erwägung:

„Wer die Verspätung des Zugehens einer für ihn bestimmten We. verschuldet hat, hat dadurch freilich nicht gegen Treu und Glauben verstoßen; wohl aber handelt er gegen Treu und Glauben, wenn er aus seinem Verschulden zum Nachteile des anderen einen Vorteil herleiten will."

Die Aufstellung der Fiktion ist für das Reichsgericht nur der Weg zu einer gerechten Abwägung von Schuld und Pflichtwidrigkeit. Durch sie wird ihm möglich, (ohne offene Preisgabe seiner eigenen Lehre von der ‚tatsächlichen' Verfügungsgewalt) jedem Kontrahenten sein Verschulden zuzurechnen. Dieser Umweg wird verständlich angesichts der Verwirrung, welche die „Lehre vom Mindesterfordernis des Besitzes" im Gebiet des Zugehens angerichtet hatte.

II.

Noch deutlicher zeigt sich der Gesichtspunkt der Zurechnung in der zeitlich folgenden — in RGE. Bd. 95 S. 315 ff. abgedruckten — Entscheidung. Ihr liegt der gleiche Tatbestand wie der eben behandelten RGE. 58, 406 ff. zu Grunde. Auch hier konnte der Brief, der die We enthielt, nicht bestellt werden, weil der Empfänger trotz Kenntnis einer solchen Möglichkeit für den Empfang des Briefes keine ausreichende Vorsorge getroffen hatte.

Hier operiert das Reichsgericht nicht mehr mit dem dehnbaren Grundsatz von Treu und Glauben, sondern gründet die Verurteilung des Empfängers auf die schuldhafte Verletzung einer ihm zustehenden

Rechtspflicht.

Der Empfänger habe damit „rechnen" können, daß ein für ihn „bestimmter Brief unter allen Umständen hier (nämlich im Wohn- und zugleich Geschäftsraum des Empfängers) bestellt werden würde." — „Ein Kaufmann, der noch dazu Geschäftsführer einer GmbH. ist, trifft in solchen Fällen dafür Sorge, daß an seine Geschäftsadresse gerichtete Briefe ihn oder seinen Vertreter erreichen. Jedenfalls liegt dem Geschäftsmanne die Pflicht, sich in genannter Weise vorzusehen, dann ob, wenn er Verträge abgeschlossen hat, welche ihn in die Lage bringen, bis zu einem festgesetzten Termin entscheidende Erklärungen des anderen Teils zu erwarten."

Hier tritt das Prinzip der Verantwortlichkeit jedes der Kontrahenten für sein Verhalten gegenüber dem anderen offen zu tage. Die Formulierung des Prinzips aber bleibt noch unbeholfen: Hat der eine „alles

getan, was in seinen Kräften stand, um . . . seine E. dem anderen Vertragsteile rechtzeitig zugehen zu lassen, und ist der Mißerfolg . . . lediglich auf Umstände zurückzuführen, welche in der Person des Empfängers lagen, so muß die E. als rechtzeitig zugegangen erachtet werden."

Kapitel 4. Der Gesichtspunkt der Zurechnung in der neueren Rechtssprechung.

I.

Das Reichsgericht hat die ‚Fiktionstheorie' bereits in RGE. 110, 34 ff. wieder verlassen.

Hier hatte die Bekl. B. die Annahme eines Briefes verweigert. Erst während eines späteren Prozesses lernt sie seinen Inhalt kennen, und versucht die in ihm enthaltene We. gegen die Klägerin zu verwerten.

In diesem Falle — so führt hier das Reichsgericht aus — kann unerörtert bleiben, ob ein Erklärungsgegner, „dem durch eigenes Verschulden die E. verspätet zuging", „arglistig" (?) handle, „wenn er sich hierauf berufe". „Denn im gegebenen Falle war die E. der Bekl. überhaupt niemals zugegangen." „Man mag ferner auf Fälle der vorliegenden Art, wo überhaupt keine E. zugegangen ist, den in RGZ. 58, 406 ff. aufgestellten Grundsatz für anwendbar halten, daß bei arglistiger (!?) Annahmeverweigerung das Zugehen der E. fingiert wird. Arglist in diesem Sinne liegt aber offenbar nur dann vor, wenn der Erklärungsgegner den Inhalt der E. kennt, oder mit dem Zugehen einer E. bestimmten Inhaltes rechnet und daher die Annahme verweigert hat. So aber liegt der gegenwärtige Fall nicht. Die Annahmeverweigerung des Bekl. kann deshalb nur als schuldhaft (!) bezeichnet werden. Daraus folgt aber in keiner Weise, daß das Nichtzugegangensein nun als Zugehen fingiert werden müsse. Dafür gibt das Gesetz keine Grundlage. Vielmehr ist und bleibt die E. nicht zugegangen."

In dieser Begründung übersieht das Reichsgericht zunächst, daß auch hier die E. des Kl. ‚nach Ablauf der Frist die Lieferung abzulehnen' dem Bekl. — wenn auch verspätet — zugegangen ist. Der Bekl. hat sie doch während des schwebenden Prozesses, wie das Reichsgericht selbst ausführt, kennen gelernt. Nur der Brief selbst ist nicht zugegangen. Das Gesetz aber verlangt nicht, daß ihr „materielles Substraht", nämlich der Brief, sondern nur, daß sie, die Willenserklärung selbst (und d. i. der Inhalt des Briefes) „zugeht". Das Reichsgericht hat hier Erklärungsmittel und Willenserklärung miteinander verwechselt.[6])

6) Vgl. S. 22 f. —

Ferner verkennt das Reichsgericht, daß die vorangehende Entscheidung 58, 406 ff. die Notwendigkeit einer Fiktion des Zugehens nicht auf den Fall arglistigen Verhaltens begrenzt, sondern im Gegenteil ausführt: „Arglistige Vereitelung hat der Berufungsrichter nicht festgestellt, wohl aber Verschulden ...“ Ob der Empfänger arglistig handelte oder nicht, ist demgemäß belanglos. Denn auch ohne dies steht fest, daß gemäß den Grundsätzen der RGE. 58, 406 auch hier das Zugehen der We. fingiert werden mußte.

II.

Aber der erkennende Senat hat Recht, wenn er in diesem Fall die Aufstellung der Fiktion ablehnt. In den früheren Entscheidungen führte sie zu einem gerechten Ergebnis, weil der Schuld des Empfängers kein Verschulden des Erklärenden gegenüberstand. Im vorliegenden Fall aber haben beide zugleich das Nichtzustandekommen der tatsächlichen Verbindung, die Unkenntnis des Empfängers verschuldet. Der Empfänger trägt die Schuld für die vorsätzliche Annahmeverweigerung, der Absender, da ihm die Unkenntnis des Geschäftsgegners bekannt war, für die Unterlassung, dem andern die E. durch erneute Zustellung zur Kenntnis zu bringen. „Unter solchen Umständen darf der Erklärende nach Treu und Glauben nicht annehmen, daß der Zweck seiner Erklärungstätigkeit erreicht sei“ (v. Tuhr 440).[7])

Auch das Reichsgericht sieht diesen Zusammenhang, wenn es fortfährt: „Nur hat es der Erklärende in der Hand, die E. dem Gegner nach § 132 BGB zuzustellen und, wenn er hiervon unverzüglich Gebrauch gemacht hat, muß sich ... der Empfänger so behandeln lassen, als sei ihm die E. schon im Zeitpunkte der Annahmeverweigerung zugegangen.“ Denn dann steht der Schuld des Empfängers wieder eine Nichtschuld des Aeußernden gegenüber.

Hier aber fällt jedem der beiden ein Verschulden zu. Die Zurechnung kann daher nur durch eine Wertung beider Schuld erfolgen. Die Schuld des Erklärenden ist größer: er handelt arglistig, der Empfänger nur vorsätzlich. Aber auch bei nur gleicher Schuld trüge jener die Haftung: denn er ist es, der die rechtliche Verbindung erstrebt.[8]) Das Ergebnis des Reichsgerichts beruht somit — trotz der andersmutenden Begründung — auf dem Prinzip der Zurechnung.

Dies zeigt sich deutlich in einer weiteren, bisher in Seuff. Arch. 87, 299 und in DJZ. 1933 S. 1288 abgedruckten Entscheidung. Ihr

7) s. S. 8 u. insb. S. 29 ff.
8) Vgl. hierzu S. 30.

liegt folgender Fall zu Grunde: Der Vermieter V. ist verreist und hat die Post angewiesen, Briefe u. dgl. nach Lübeck, und später, nach Hamburg postlagernd nachzusenden. Der letzte Nachsendungsantrag hat gemäß den postalischen Vorschriften eine Geltungsdauer von nur 14 Tagen. Infolgedessen bleibt der Kündigungsbrief des Mieters M., der nach Fristablauf in Lübeck eintrifft, in Lübeck liegen und wird später dem Absender M. uneröffnet zurückgesandt. Obwohl M. erkennt, daß sein Kontrahent den Brief nicht erhalten hat, unterläßt er es, die Zusendung zu wiederholen.

Hier beweist das Reichsgericht zunächst die Schuld des Empfängers: Da Bekl. „als Nießbraucherin eines Grundstückes Mietverträge abgeschlossen hatte, die nach der Erfahrung rechtserhebliche Erklärungen der Mieter ihr gegenüber jederzeit notwendig machen konnten, lag ihm die Pflicht ob, den Vertragsgegnern solche Erklärungen zu ermöglichen“... „Der Mißerfolg der Bemühungen des Kl. ist nur auf Umstände zurückzuführen, die in der Person des Bekl. lagen, ... Umstände, die hier einem Verschulden rechtlich gleichzuachten...“

Dem Verschulden des Bekl. stellt das Reichsgericht das Verschulden des Erklärenden gegenüber: Diese ‚Umstände‘ „ersetzen ... nicht das Zugehen selbst, zum mindesten dann nicht, wenn kein arglistiges Verhalten des anderen Teils (!) in Frage steht. Vielmehr ist der Erkl. gehalten, nach Beseitigung des in der Person des Erklärungsempfängers liegenden Hindernisses unverzüglich für den Zugang seiner E. an den anderen zu sorgen.“ — Vorher hat er seiner Pflicht, ordnungsgemäß zu erklären, nicht genügt und muß daher selbst für den Mißerfolg seines Tuns einstehen.

Bis zuletzt bleibt indessen die Begründung des Reichsgerichts unscharf. Umso eindeutiger sprechen die Ergebnisse [9]), am deutlichsten wenn das Reichsgericht den „tatsächlichen“ Empfang „fingiert“, obwohl er in Wahrheit nicht vorhanden. Hier tritt der tiefere Grund für den jeweiligen Ausfall der Entscheidungen offen zutage: Zurechnung der Kontrahenten Verhalten nach Maßgabe von Pflichtwidrigkeit und Schuld.

9) Aus diesem Grunde konnte RGE. 99, 21 ff. sowie RGE. in JW. 1934, 153 f., die lediglich das Urteil der Vorinstanz aufheben, nicht berücksichtigt werden. Indessen betont gerade auch die letztere Entsch., daß die E. nicht zugegangen ist, sofern das Verhalten des Empf., das seine Unkenntnis herbeiführt, „den Verkehrsgepflogenheiten entspricht, u. zwar in Maße, daß der die E. Abgebende damit rechnen muß“: in diesem Falle fehlt ein Verschulden des Empf.!

Teil 3.

Die Zurechnung als Sinn des § 130 BGB.

Kapitel 1. Vorgeschichte und Sinn der Vorschrift.

Billigkeit und Verkehr fordern somit, wie wir gesehen haben, das ‚Zugehen' der WE nach dem Prinzip der Zurechnung zu bestimmen. Sie erheischen eine Berücksichtigung aber nur dann, wenn positive Gesetzesvorschriften es nicht verbieten.

Das Gesetz hat die Entscheidung über das Wirksamwerden der „*WE unter Anwesenden*" Wissenschaft und Praxis überlassen (vgl. S. 22). Bei ihnen steht somit einer gerechten Abwägung von Pflichtwidrigkeit und Schuld nichts im Wege.

Die ‚Wirksamkeit' der „*WE unter Abwesenden*" macht § 130 BGB davon abhängig, daß sie dem anderen „zugeht". Es kennzeichnet damit, daß es aus den Theorien des gemeinen Rechts die *Empfangstheorie* ausgewählt hat.

Die anderen gemeinrechtlichen Theorien dienen jeweils dem Interesse einer Gruppe, nicht den Interessen beider Kontrahenten zusammen. Die „Vernehmungstheorie" reicht für die Zwecke des Gesetzes nicht aus, weil „in der Mehrzahl der Fälle es völlig in dem Belieben des anderen Teiles stehen würde, ob und wann er die WE wirksam werden lassen will". Sie liefert den Erklärenden der Willkür des Empfängers aus. Die „Aeußerungstheorien" aber berücksichtigen nicht genügend, „daß die E. zu ihrem bezweckten rechtlichen Erfolg erheischt, daß der andere Teil sie in Erfahrung bringt oder doch bringen kann" (Mot. I § 74). Sie unterstellen den Empfänger der Willkür des Erklärenden.

Das Gesetz aber *will beiden Teilen gerecht sein, will dem Rechtsverkehr durch eine billige Abwägung der sich hier widerstrebenden Interessen dienen.* So bringt es — zwischen den Extremen der Aeußerungs- und Vernehmungstheorien vermittelnd — die Empfangstheorie zur alleinigen Herrschaft.[1]

Der *Rechtsverkehr* aber *erfordert* Berücksichtigung von *Treu und Glauben*, die *rechtliche Abwägung von Interessen*

1) So im Grunde auch von Tuhr S. 429.

ist möglich nur am Maßstabe von **Rechtswidrigkeit und Schuld.** Denn das Recht mißt ein Interesse nicht nach seinem materiellen (oder auch inmateriellen) Wert, sondern nach seiner **rechtlichen** Bedeutung. Rechtlich bedeutsam ist grundsätzlich aber nur die Erfüllung oder Verletzung einer Rechtsnorm, einer **Rechtspflicht.** Die rechtliche Bedeutung der Verletzung wiederum mißt das Recht an ihrer Beziehung zur Rechtspersönlichkeit des Verletzenden, an der Höhe seiner **Schuld.** Damit ist **der Sinn der Vorschrift** genügend gekennzeichnet: ihm entspricht nicht eine Theorie des tatsächlichen, sondern des **rechtlichen Empfanges.**

Kapitel 2. Wortauslegung.

I.

Wie wir sahen, hat das Schrifttum § 130 BGB unter anderen Gesichtspunkten auszulegen versucht.[2]) Die **Ursache** eines solchen Abgehens vom Sinn des Gesetzes ist der gleiche **Irrtum,** der uns bereits in der unsachgemäßen Trennung zweierlei Arten von E. begegnete. Dort[3]) behauptete eine weitverbreitete Lehre, daß mündliche E. im Gegensatz zu verkörperten nur sofort oder niemals verstanden werden könnten. Hier stoßen wir auf den — jenem Mißverständnis zu Grunde liegenden — **Irrtum,** die WE durch ihre Verkörperung, d. h. durch ihr „materielles Substraht" (Breit) zu ersetzen. So wird möglich, daß — gleichzeitig mit **Titze** — **James Breit** zu der Ansicht gelangt, „Zugang" sei „nichts anderes als der Besitzerwerb an der verkörperten E., an der Urkunde (!)."[4]) So wird verständlich, daß das Reichsgericht eine E. als nicht zugegangen ansieht, obwohl der Empfänger Kenntnis von ihr genommen hat.[5])

Die Vertauschung von Erklärung und Mittel der Erklärung geschah so unauffällig, daß sich sogar v. **Tuhr** ihr nicht zu entziehen vermochte.[6]) Dennoch ist sie nicht durch positive Gesetzesvorschrift bedingt. Im Gegenteil!

2) Dagegen schon Manigk, WeWg 309 ff.

3) vgl. S. 12. —

4) S. 653. — Damit erst war der Grund zu der bereits oben bekämpften Ansicht gelegt: „Wo kein Besitzerwerb möglich ist, ist auch kein ‚Zugang' der E. möglich." (J. Breit S. 653). — Ebenso Oertmann § 130, 4 a β u. a.

5) Darum die ‚Fiktion'! — RGE. 110, 34 ff., vgl. S. 18 f. u. RG. in Seuff. Arch. 87, 299 ff.

6) v. Tuhr S. 433: „Von einem Zugehen, wie es in § 130 erfordert wird, kann nur bei verkörperten E. die Rede sein, zu denen in erster Linie **Briefe** u. **Telegramme** (!) gehören." Anlaß zu diesem Mißverständnis ist die im Gesetz (scheinbar) erfolgte Trennung von ‚E. unter Ab- u. Anwesenden'! Vgl. S. 12 f. —

§ 130 bestimmt ausdrücklich: „Eine Willenserklärung ... wird ... in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie (!) ihm zugeht": Nicht das Erklärungsmittel, sondern die Willenserklärung selbst muß zugehen, damit sie wirke. Niemand aber wird behaupten, daß das Bürgl. Gesetzbuch unter ‚Willenserklärung' — einen Bogen Papier plus darauf eingetrockneter Tinte versteht.[7])

II.

Dieser Irrtum hat zugleich eine falsche Auslegung der Worte „Empfang" und „Zugehen" verschuldet. Der Sprachgebrauch des täglichen Lebens sollte nur körperliche Substrahte ‚empfangen' und ‚zugehen' lassen (so insbesondere J. Breit).[8])

Gewiß ist richtig, daß in ältester Zeit der Sprachbildung ein Empfang auf körperliche Dinge begrenzt war. Wie der größte Teil des deutschen Wortschatzes hat er indessen seinen strengen Sinn verloren, ist bild- und gleichnishaft auf unkörperliche Dinge übertragen und so vergeistigt worden. Der „Nachrichtenempfang im Rundfunk" beweist diesen Vorgang.

Das gleiche gilt von dem Worte ‚zugehen'. Ich erinnere mich, erst kürzlich in dem Aushängekasten einer kleinen Religionsgesellschaft gelesen zu haben: ‚Jeder ist willkommen, der sich die Worte des Geistlichen zugehen lassen will'. Dieser Satz verstößt gewißlich nicht gegen unser Sprachgefühl. Kann aber schon das vergängliche Erklärungsmittel ‚Wort' zugehen, umsomehr die We. selbst, zumal ihr unsere Rechtsordnung eine eigene, von der Vergänglichkeit des Erklärungsmittels losgelöste Existenz zugewiesen hat.

Mit dieser Erkenntnis wird der Weg zu einer sinngemäßen Wortauslegung frei. ‚Zugehen' im Sinne des deutschen Sprachgebrauchs bedeutet, in den Bereich, in die Herrschaft des anderen gelangen'. Ein ‚Empfang' findet statt, wenn jemand in eine fremde Hoheitssphäre gekommen ist.

---

7) Diese Annahme verstößt auch insofern gegen das Gesetz, als § 130 ausdrücklich alle ‚We unter Abwes.' wirksam werden läßt, gleichgültig, ob ein Besitzerwerb an ‚ihnen' möglich ist oder nicht. — In jedem Fall ist er nur an ‚ihrem' Substraht, nie an ‚ihr' selbst möglich! Denn die ‚We' ist nichts anderes als ‚rechtliche Verbindung' zweier Kontrahenten! —

8) S. 653.

III.

Auch die Autoren der h. L. scheinen zu ähnlichen Ergebnissen zu gelangen, wenn sie die „allgemeine"[9]), „ausschließliche"[10]) oder „normale[11]) „Möglichkeit" der Kenntnisnahme, oder wenn sie den „Besitzerwerb[12]) als Voraussetzung des Zugehens erfordern. Indessen wird keine dieser Bestimmungen dem umfassenden Gehalt des Herrschaftsbegriffes gerecht.

Auf die Tatsache, daß zwar jeder Sachbesitz eine Herrschaft, aber nicht jede Herrschaft ein Sachbesitz ist, wiesen wir bereits mehrfach hin. Aber auch die Ansicht, daß jeder, der einen Erfolg verhindern oder herbeiführen kann, diesen Erfolg beherrscht, ist irrig. Vielmehr herrscht unter mehreren nur derjenige, der die größere (und damit größte) Möglichkeit besitzt.[13]) Die „allgemeine" Möglichkeit genügt daher zur Errichtung einer Herrschaft eben so wenig, als die „ausschließliche" stets erforderlich sein muß.

Endlich wird aber auch verkannt, daß zu einem Herrscher nicht allein gehört, daß er etwas überwiegend zu beherrschen pflegt, sondern daß er es im fraglichen Falle auch beherrschen kann. Nur wenn alle gleich mächtig oder machtlos sind, wird entscheidend, wessen ‚normale' Möglichkeit überwiegt.

Demnach kann man auch von einem Zugehen erst sprechen, wenn der andere den fraglichen Gegenstand überwiegend beherrschen kann oder wenigstens (falls beider Können gleich) überwiegend zu beherrschen pflegt.

Bei der Erklärung ‚streiten' sich Absender und Empfänger um die Herrschaft. Der Absender beherrscht sie, solange er den Empfänger an ihrer Kenntnisnahme hindern kann. Der Empfänger beherrscht sie, sobald sie dergestalt in seine Macht gekommen ist, daß er sich auch gegen den Willen des Absenders auf sie berufen kann.

Somit ergibt sich: Die Erklärung ist nicht zugegangen, solange es noch überwiegend am Absender liegt (zu liegen pflegt (vgl. oben)), ob der Empfänger von ihr Kenntnis erhält oder nicht. Sie ist zugegangen, sobald der Empfänger in erster Linie selbst entscheiden

9) Oertmann § 130, 3; vgl. auch Lehmann § 36 S. 112.
10) Soergel § 130; RGRK. § 130 Z. 1.
11) Enneccerus-Nipperdey § 149; Warneyer § 130 II; Planck zu § 130; Henle Lehrb. 59; vgl. auch v. Tuhr § 61, Staudinger § 130 Z. 3.
12) Titze 192; J. Breit 659 ff.
13) So ist z. B. die ‚herrschende Meinung' nicht die ‚ausschließlich' oder ‚allgemein mögliche', sondern die ‚mächtigste' Meinung.

kann (oder, falls beider Können gleich, zu können pflegt), ob er sie kennen lernt oder nicht.[14])

IV.

Wer sich mit dieser Formel begnügt, bleibt auf halbem Wege stehen. Er verkennt, daß jedes ‚Können' und ‚Pflegen' ein Urteil und damit das Ergebnis einer Wertung ist, die hier im Recht nur eine

rechtliche

sein kann.[15]) (Vgl. hierzu insb. auch S. 13).

Aufgabe des Rechts ist die (äußere) Ordnung der Volksgemeinschaft. Aufgabe rechtlicher Wertung ist folglich „Feststellung dessen, was dieser Ordnung gemäß und was ihr zuwider ist" (Mezger 164). So versteht das Recht unter Können nicht, was jemand zu tun vermag, sondern was ihm die Rechtsordnung zu tun gestattet. So ist rechtlich normal nicht, was jemand zu tun pflegt, sondern was die Rechtsordnung ihm zu tun gebietet. Das rechtlich mißbilligte Können ist Schuld[16]), das rechtlich mißbilligte Unvermögen immer noch rechtswidrig.

---

14) Müller-Erzbach kommt in seinem „Gefahrbeherrschungsgedanken" insoweit zu einem ähnlichen Ergebnis, als er unter mehreren denjenigen eine Gefahr tragen läßt, „der sie ganz überwiegend beherrscht" (Jh. Jahrb. 83, 257 ff. insb. S. 292). Er hat damit als Erster die Lösung der Interessenspannung zwischen Abs. und Empf. angedeutet (vgl. S. 64). Indessen geht M.-E. nicht wie wir von der „Herrschaft", sondern von der „Beherrschung" aus. Wann diese ‚Beherrschung' eintritt, sagt M.-E. nicht. Insbesondere verschweigt er, ob zu ihr ein ‚beherrschen können' oder nur ein ‚beherrschen pflegen' oder beides zugleich ausreicht. Auch das Verhältnis von ‚Beherrschbarkeit' und ‚Beherrschung' bleibt offen. Ferner zeigt sich in seinen Ausführungen insofern ein Widerspruch, als M.-E. einerseits von seinem ‚Gefahrbeherrschungsgedanken' als einem „Gesichtspunkt der Einwirkungsmöglichkeit" spricht, zum andern aber gegen die Anwendung des Schuldprinzips polemisiert. Wer aber eine Gefahr, deren Beherrschung ihm möglich, nicht beherrscht, handelt schuldhaft, sofern ihm eine Norm die Beherrschung gebietet. Nur die Beherrschungsnorm kann zur Gefahrtragung verpflichten. Beides zeigen auch die von M.-E. selbst am gleichen Orte gebrachten Beispiele. — So ist der Gefahrbeherrschungsgedanke „mehr ein Bild als eine auf die realen Erscheinungen anwendbare Formel" (Frank a. a. O.). — Zu M.-E.'s „Gefährdungshaftung" vgl. auch Larenz S. 76 Anm. 1. —

15) Mezger S. 164. — Die Lehre Titze's, das Zugehen der We setze den Besitzerwerb (§ 854 BGB) an der Erklärungsurkunde voraus, ist ein erster Versuch, den besonderen rechtlichen Gesichtspunkten zu genügen. — Die Tatsache, daß gerade auch das Recht nur ‚vom Standpunkt des Rechts aus' und ‚mit den Mitteln des Rechts' seine Wertungen vornimmt, — nehmen muß, wird leider noch viel zu wenig berücksichtigt.

16) Zu beachten ist auch: Selbstverschuldetes Unvermögen steht rechtlich dem Können gleich, vgl. im Strafrecht die ‚actio libera in causa'. (s. Mezger 281).

Eine We geht folglich zu, sobald des Empfängers rechtliches Können und Müssen, die E. zu erkennen, überwiegt, — negativ gesagt —, **sobald der Empf. über die E. nur infolge überwiegend eigenem Verschulden oder (falls beider Verschulden gleich) nur infolge überwiegend eigener Pflichtwidrigkeit in Unkenntnis sein kann.**[17])

Somit fordert auch der Wortsinn des § 130 BGB, beider Kontrahenten Verhalten zuzurechnen, gegebenenfalls durch Abwägung beider Verschulden oder Pflichtverletzung.

V.

Die Pflicht, Erklärungen ordnungsgemäß abzugeben wie zu erkennen, ergibt sich damit für beide Teile aus § 130 BGB. Freilich regelt der Gesetzgeber hier nur die rechtlichen Folgen ihrer Erfüllung oder Verletzung. Aber damit setzt er die Existenz dieser Pflichten voraus und erkennt sie an.[18])

Somit brauchte sich das Reichsgericht in RGZ. 58, 406 ff.[19]) zur Begründung dieser Rechtspflichten nicht einmal mehr auf Treu und Glauben berufen. Schon § 130 BGB verbietet, daß der Empfänger „aus seinem Verschulden zum Nachteile eines anderen einen Vorteil herleiten will." [20])

---

17) Auch die — bisher sehr strittigen — Fälle der Uebermittlung einer We durch Boten o. an einen Dritten sind hiernach zu entscheiden. Die unliebsamen Folgen jeder Kasuistik — etwa derart, daß man zwar nicht den Erklärenden, aber seinen Boten zur Abgabe der E. zulassen müßte (Hölder Komm. S. 292), werden damit vermieden.

18) Die Anerkennung solcher Pflichten bedingt nicht eine Ausweitung des Begriffes von der Rechtspflicht, sondern ist nur Ergebnis einer intensiven Auslegung des Gesetzes. Sie ist für den Aufbau einer klaren Systematik, aber auch für Verständnis und Anwendung des Gesetzes unerläßlich und daher in der Praxis (vgl. die Entsch. des RG.) längst geschehen. Im Schrifttum zeigt sie sich vor allem bei Enneccerus (§ 149 II) u. Manigk (Beitr. z. WR. II 599 Anm. 16 a). — Einer eingehenderen Untersuchung mag überlassen bleiben, wie weit nicht im Bürgl. Recht jede rechtliche Wirkung nur Folge einer Erfüllung oder Verletzung für die Rechtsgesamtheit verbindlicher Pflichten ist.

19) vgl. auch RGZ. 56, 262; 95, 315; 110, 34 und in Seuff. Arch. 87, 299 ff., die alle das Bestehen solcher Rechtspflichten feststellen. (vgl. auch RG. in JW. 1934, 154.).

20) sofern — wie in RGZ. 58 — den Absender kein größeres Verschulden trifft. — Der Existenz dieser Rechtspflichten widerspricht auch nicht, daß dem jeweiligen Gegner ein Anspruch auf die Erfüllung dieser Pflichten nicht zusteht. Denn auch das Bürgl. Recht kennt Pflichten, die kein ‚Schuldverhältnis' i. S. des § 241 sind. (Eingehend hierzu Manigk, Schuldverhältnis (H. d. RW.) S. 378 unter 9 u. Iher. Jahrb. 83, 64 ff., der auf ihrer Grundlage die Zurechnung von We aufbaut). Nur bleibt die Wirkung ihrer Verletzung zunächst negativ: der Empfänger kann sich auf die eigene (größere) Pflichtverletzung nicht berufen. Erst daraus folgt positiv, daß er umgekehrt die We gegen sich gelten lassen muß. — Die hier vorliegenden Pflichten gleichen somit den Pflichten des § 254 BGB. Auch dort handelt

§ 130 BGB bestimmt indessen nur Existenz und Art, nicht aber auch den jeweiligen Umfang dieser Pflichten. Dieser ist unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte im Einzelfall festzustellen. Insoweit ‚erwächst' die Rechtspflicht — wie Manigk formuliert[21]) — „aus der Sonderbeziehung, die durch das Verhalten des Erklärenden selbst hergestellt wird, und beruht auf dem durch dieses Verhalten mit dem Gegner entstandene Verhandlungsverhältnis". Je nach Art dieser „Sonderbeziehung" ist sie somit eine andere: umfassender gegenüber dem Geschäftsfreund, begrenzter gegenüber dem Fremden.[22])

Kapitel 3. Zusammenhang des Gesetzes.

Auch die übrigen Bestimmungen des Bürgl. Gesetzbuches über das Zugehen einer We folgen der Lehre von der Zurechnung.[23])

I. Sie allein macht § 130 Abs. 2 verständlich. Denn nur weil für die Zurechnung eines Verhaltens die Zeit der Tat — und nicht des Erfolges — maßgeblich ist, kann gleichgültig sein, ob „der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird".

II. Ebenso entspricht § 131 der Lehre von der Zurechnung. Denn ein Geschäftsunfähiger ist nie, der Geschäftsbeschränkte nur teilweise zurechnungsfähig.

III. Endlich hat das Gesetz in § 132 Abs. 2 S. 1 und in § 149 in besonders gelagerten Fällen die Zurechnung bereits durchgeführt. So bestimmt es — zu § 132 Abs. 2 S. 1 vgl. S. 64 f. — in § 149: „Ist eine dem Antragenden verspätet zugegangene Annahmeerklärung dergestalt abgesandt worden, daß sie bei regelmäßiger Beförderung ihm rechtzeitig zugegangen sein würde (!), und mußte der Antragende dies erkennen (!), so hat er die Verspätung dem Annehmenden unverzüglich nach dem Empfange der We anzuzeigen . . .", andernfalls „gilt die Annahme als nicht verspätet". Mit andern Worten: Der Erklärende hat

es sich um ‚Rechtspflichten', also um „Pflichten gegenüber der Rechtsgesamtheit" — und nur der Erfolg ihrer Verletzung trifft den Einzelnen — einen fremden oder auch den Handelnden selbst. „Rechts"pflichten „gegen sich selbst" sind ein Widerspruch in sich. Auch der Selbstmord, sofern er verboten ist, verletzt eine „Pflicht gegenüber der Rechtsgesamtheit". —

21) in Ih. Jahrb. 83, 65. — Vgl. auch Hildebrand S. 132 ff., 157 ff. und 200 ff. und seine Stellung zur Bedeutung der Rechtspflichten im Bürgl. Recht.

22) So auch das Reichsgericht in allen seinen Entscheidungen, vornehmlich in RGZ. 56, 262; 58, 406; 95, 315; 110, 34, in Seuff. Arch. 87, 299 und in JW. 1934, 154. Auch das Gesetz hat die Bedeutung des ‚Verhandlungsverhältnisses' in § 132 Abs. 2 S. 1 und in § 149 anerkannt (vgl. unten.

23) vgl. auch Teil 5 Anm. 15.

hier seine Pflicht, ordnungsgemäß zu erklären, — wenn auch ohne Verschulden — nicht erfüllt. Ein Zufall hat die rechtzeitige Bestellung verhindert. Demgemäß ist —, solange der Empfänger seinen Pflichten gegenüber dem Absender nicht noch mangelhafter nachgekommen ist, — die E. nicht zugegangen und damit nichtig. Bei der besonderen Beziehung, die zwischen ‚Antragenden' und ‚Annehmenden' besteht, erwächst indessen für den Antragenden, der das mangelnde Verschulden seines Gegners an der Verspätung erkennt oder erkennen muß, die Rechtspflicht, diesen unverzüglich von dem Mißerfolg zu benachrichtigen. Tut er dies nicht, so hat er schuldhaft seine Pflicht gegenüber dem Absender verletzt und muß demgemäß die E. trotz ihrer Verspätung gegen sich gelten lassen.

Auch hier rechnet das Gesetz also dem Empfänger die Erklärung um einer schuldhaften Verletzung willen zu, aber nicht — und das ist der Grund für die Einfügung der Sonderbestimmung — der gewöhnlichen Empfängerpflicht, ordnungsgemäß zu erkennen, sondern einer neuen dem besonderen Verhältnis von Offerenten und Oblaten entsprungenen Anzeigepflicht.

Damit steht fest: Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in § 130 die ‚Theorie des rechtlichen (nicht ‚tatsächlichen') Empfanges' sanktioniert. Nicht nur Billigkeit, Rechtsverkehr und Rechtsidee, sondern das Gesetz selbst fordert, das ‚Zugehen der We' unter dem Gesichtspunkt der Zurechnung zu stellen.[24])

---

24) Die Lehre vom Zugehen (und der Vollendung) der We. (vgl. insb. Teil 4 und 5) ist zugleich Beispiel und Beweis für die allgemeine Bedeutung der Zurechnung im Privatrecht und den Grad ihrer Berücksichtigung im Bürgerl. Gesetzbuch (s. insb. die §§ 1 ff., 68, 104 ff., 116 ff., 134 ff., 164 ff., 177 ff., 185, 194 ff., 226 ff. BGB. usw.). Alle Generalklauseln beruhen auf ihr und erhalten durch sie ihre Begrenzung.

Teil 4.
Die Ergebnisse der Zurechnung.[1])
Kapitel 1.

I. Eine mit Willen des Erklärenden abgesandte und zur Kenntnis es Empfängers gekommene E. ist zugegangen. Denn die Kenntnis des mpfängers beweist, daß er selbst in erster Linie entscheiden konnte, ob r die E. kennen lernte oder nicht, — er also nur infolge eigenem (gröeren) Verschulden über das Vorliegen der E. hätte in Unkenntnis bleien können.

II. Schwieriger sind die Fälle, in denen eine solche tatsächliche Verindung zwischen den Kontrahenten nicht zustande gekommen ist (manelnde Empfängerkenntnis oder fehlender Erklärungswille, vgl. Vorbem. or Teil 1). Sie zerfallen unter dem Gesichtspunkt der Zurechnung n folgende drei Gruppen:

1. Einer von beiden hat seine Pflicht[2]) schuldhaft verletzt.
2. Beide haben ihre Pflicht schuldhaft verletzt.
3. Zufall.

1.

Wer den Mißerfolg allein verschuldet hat, trägt llein die Verantwortung.

I. in den Fällen mangelnder Empfängerkenntnis:

1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig die We falsch adressiert oder nicht als We kenntlich macht, hat nach Treu und Glauben selbst den Schaden für die Unwirksamkeit seines Verhaltens zu tragen.[3])

---

1) Zurechnung durch Abwägung der Kontrahenten Verhalten unter dem esichtspunkt von Schuld und Pflichtwidrigkeit ist möglich nur bei gegeneitigem Pflichtverhältnis zweier oder mehrerer Rechtsgenossen ntereinander, die durch gemeinsame — wenn auch gegensätzliche — Interessen echtlich eine Einheit bilden (Erklärender — Empfänger in § 119/122, 130, Verletzer-Geschädigter in § 254, § 823 BGB). Vgl. S. 36 ff. —

2) gegenüber dem Gegner. Es kann sich auch um mehrere, in sich erschiedenartige Pflichten handeln, die ihm dem Gegner gegenüber obegen (vgl. z. B. S. 27 unter III).

3) Beispiele: Fall 1 auf Seite 2; RGE. 56, 262.

2) Wer eine ordnungsgemäß zuadressierte We vorsätzlich oder fahrlässig nicht annimmt, kann dadurch nicht ihre rechtliche Wirksamkeit verhindern.[4])

II. in den Fällen fehlenden Erklärungswillens:

1) Wer keine We absenden will, aber fahrlässsig (oder vorsätzlich) den Schein einer solchen verursacht, muß sich nach Treu und Glauben die rechtliche Bedeutung seines Verhaltens entgegenhalten lassen.[5])

2) Wer rechtlich bedeutungsloses Verhalten fahrlässig oder vorsätzlich als We erkennt, hat selbst den Schaden zu tragen.

2.

Haben beide ihre Pflicht schuldhaft verletzt, so haftet

A. bei ungleichem Verschulden, wer den Mißerfolg überwiegend verschuldet hat.

I. In den Fällen ‚mangelnder Empfängerkenntnis':

1) Verweigert der Empfänger fahrlässig die Annahme der E., nutzt der Absender die Unkenntnis aber vorsätzlich aus, so ist sein Verhalten nach Treu und Glauben recht belanglos.[6])

2) Hat indessen der Absender fahrlässig die Unvollkommenheit seiner Erklärungshandlung nicht erkannt, der Empfänger aber vorsätzlich den ‚tatsächlichen Empfang' verhindert, so ist die We wirksam.

II. In den Fällen ‚mangelnden Erklärungswillens':

1) Hat jemand durch sein Verhalten den Schein einer We fahrlässig hervorgerufen, hat der Empfänger aber das Fehlen des Erklärungswillens erkannt, so kann er sich auf den Schein des gegnerischen Verhaltens nicht berufen.

2) Aber auch innerhalb der Schuldarten ist eine Abwägung möglich: Hat jemand leicht fahrlässig den Schein einer We verursacht, und hat der Empfänger die wahre Sachlage nur infolge grober Fahrlässigkeit verkannt, so kann er nach Treu und Glauben nicht verlangen, daß der andere für den entstandenen Schaden einstehe.

B. bei gleichem Verschulden versagt der Maßstab der Schuld: eine Abwägung innerhalb der Schuld wird unmöglich. Hier haftet derjenige, dessen Pflichtverletzung überwiegt.

Die größere Sorgfaltspflicht hat regelmäßig der Handelnde.

Denn der Täter ‚unterläßt' nicht nur die Abwehr vorhandener, sondern, ‚schafft' neue Gefahren.[7]) Zugleich übersieht er mögliche Gefahren

4) Beispiele: Fall 2 auf S. 2 u. 6; RGE. 50, 194; 58, 406; 95, 315.
5) Fall 1 auf S. 6 (der vertiefte Gelehrte).
6) Beispiele: Fall 3 S. 3; RGE. in Seuff. Arch. 87, S. 299.
7) Dieser Gedanke zeigt sich bereits in den Strafgesetzen früherer Jahrhunderte, in der Glosse und namentlich auch bei Carpzow. Mezger for-

leichter als der Untätige; denn Handeln kann nur, wer wach und aufmerksam ist, nichtstun kann auch der Schlafende. Endlich ist sein Anteil und sein Gewinn am Erfolge größer, sonst würde er sich nicht auf das gegnerische Verhalten berufen.

Wer aber die größeren Möglichkeiten, die größere Uebersicht hat und zugleich die größeren Gefahren erzeugt, hat zugleich auch die größere Sorgfaltspflicht. In diesem Sinne kann man sagen: „Cujus commodum ejus periculum!" Der Handelnde trägt die Gefahr.

I. Im Falle ‚mangelnder Empfängerkenntnis':

Will der Absender vorsätzlich die Unwissenheit seines Gegners ausnutzen, so wird belanglos, daß dieser seine Unkenntnis selbst vorsätzlich verschuldet:

Wer die We abgibt, muß in erster Linie dafür sorgen, daß der andere von ihr Kenntnis erhält.[8])

II. Im Falle ‚fehlenden Erklärungswillens':

Hat der Empfänger den wahren Willen seines Gegners leicht fahrlässig verkannt, so wird belanglos, daß dieser infolge gleichen Verschuldens solchen Irrtum ermöglicht:

Wer fremdes Verhalten als (an ihn gerichtete) We zu erkennen glaubt, muß selbst darauf achten, daß er sich nicht irrt.

3.

Trifft keinen von beiden ein Verschulden, so haftet derjenige, dessen Pflichtverletzung überwiegt.

A. Grundsätzlich überwiegt die Pflicht des Handelnden.

Auch hier gilt:

1) Wer eine We abgibt, muß dafür sorgen, daß sie wirke.[9])

2) Wer fremdes Verhalten als We erkennt, muß aufpassen, daß er sich nicht irrt.

---

dert seine Berücksichtigung im modernen Strafrecht mit den Worten: „Ob jemand den Erfolg durch aktives Eingreifen zur Entstehung gelangen oder ob er die Dinge einfach gehen läßt, hat strafrechtlich betrachtet verschiedenes Gewicht." (S. 148). Auch hier wird wieder deutlich, wie nahe verwandt zivil- und straf- ‚rechtliche' Wertung ist! —

8) Beisp.: Fall S. 11; wohl auch RGE. 110, 34 ff.

9) Beispiele: Fall 4 auf S. 3; ferner die Fälle auf S. 9. — Vorher hat er seine ‚Pflicht' nicht erfüllt: „Es ist die Pflicht jedes im Verkehr Handelnden, der sein eine Willenskundgebung enthaltendes Verhalten einem anderen zugänglich macht, dieses Verhalten verkehrsmäßig richtig und nach Lage des Empfängers so einzurichten, daß dieser die Möglichkeit der Kenntnisnahme von seinem wirklichen Willen hat." (Manigk Jh. Jahrb. 83, 65). —

B. **Ausnahmsweise fällt dem Untätigen die größere Pflicht zu.**

a) Wer sich in Gefahr begibt, haftet für den Schaden, den sie verursacht.

Wird ein Seereisender durch Schiffbruch auf eine unbekannte Insel verschlagen, so hat er seine Pflicht zur Empfangsbereitschaft — wenn auch ohne Schuld — gröblich verletzt.

b) Aber auch wer zufällig in Gefahr kommt, muß dafür haften.

Wird jemand von einer Erpresserbande jahrelang festgehalten, so kann er seinen Mietern, Angestellten, Hypothekengläubigern und dergl. nicht zumuten, daß ihre Verträge für die Zeit seines Fernbleibens unkündbar seien.

M. a. W.: **Wer einer Pflicht dauernd nicht nachkommt, verletzt sie schwerer als derjenige, der ihr nur vorübergehend nicht genügt.**

Da das Bürgl. Gesetzb. mit Recht annimmt, daß diese Grenzfälle der Praxis große Schwierigkeit bereiten würden, hat es ihnen in § 132 Abs. 2 eine besondere Regelung angedeihen lassen. § 132 Abs. 2 bestimmt:

„Befindet sich der Erklärende über die Person desjenigen, welchem gegenüber die E. abzugeben ist, in einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis oder ist der Aufenthalt dieser Person unbekannt, so kann die Zustellung nach den für die öffentliche Ladung geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung erfolgen."

Hier regelt das Gesetz zuerst, wann ein Absender seiner Pflicht, dem andern die E. zur Kenntnis zu bringen, unverschuldet nicht nachgekommen ist: nämlich nur, wenn er die E. gemäß den Vorschriften der Zivilprozeßordnung „öffentlich" zugestellt hat.

Hat aber — so bestimmt das Gesetz weiter — der Absender diese Pflicht erfüllt, so ist die We gültig, gleichgültig, ob der andere seine mangelnde Empfangsbereitschaft verschuldet hat oder nicht. Denn immer ist es hier der Empfänger, dem die größere Versäumnis vorgeworfen werden muß. M. a. W.: Auch hier — wie in § 149 — erkennt somit das Bürgl. Gesetzbuch ausdrücklich die Zurechnung als maßgeblichen Gesichtspunkt seiner Empfangstheorie an.

Kapitel 2.

Die Entscheidung der streitigen Fälle ermöglicht somit:

das ‚Prinzip der (überwiegenden) Schuld', sofern beide ein untereinander abwägbares Verschulden trifft, und

das ‚Prinzip der (überwiegenden) Pflichtwidrigkeit', wenn beider Verschulden gleichwertig und keinen von beiden eine Schuld trifft.[10])

Beide Gesichtspunkte fassen wir in dem ‚Prinzip der überwiegenden Verursachung' zusammen:

Stehen zwei oder mehrere in einem gegenseitigen Pflichtverhältnis (wie hier Absender und Empfänger), so haftet derjenige unter ihnen für seine Verletzung, dem sie zufolge einer gerechten Abwägung von Schuld und Pflichtwidrigkeit in erster Linie zugerechnet werden muß.[11])

Nur dadurch unterscheidet das ‚Prinzip der überwiegenden Verursachung' sich demnach von dem im Gesetz mehrfach verwandten ‚Prinzip der mitwirkenden Verursachung', daß trotz Abwägung von Schuld und Pflichtwidrigkeit eine angemessene Verteilung des Schadens, wie sie insbesondere § 254 BGB anordnet, nicht stattfindet.

---

10) Insoweit, — aber auch nur insoweit ist der Polemik Müller-Erzbach's gegen den Schuldgedanken zuzustimmen. Vgl. aber auch die Formel Manigk's in „Beitr. z. WR." 599, Anm. 16 a.

11) Manche Autoren suchen die Interessenspannung innerhalb eines solchen ‚Pflichtenverhältnisses' durch Einführung der Figur des ‚Rechtsschein's zu lösen. Dann ist dieser aber nicht der objektive (so Henle), sondern der seinem Urheber zurechenbare Schein. Wie die Wahrheit dem Täter, dient der Schein dem Betrachter: das Recht aber muß beider Interessen dienen. Der Rechtsschein ist wahr, wenn er jedem nur eigenes Verhalten zurechnet, und bleibt doch Schein (einer inneren Einstellung). Indessen bleibt der Rechtsschein ein mangelhafter Rechtsbehelf (vgl. dazu S. 27 u. S. 32) und ist aus Zweckmäßigkeitsgründen auf die Zurechnung unwahren Scheins zu beschränken (vgl. so S. 37 f).

Teil 5.

Systematische Einordnung des ‚Zugehens'.

Kapitel 1. ‚Zugangsbedürftige' Rechtsgeschäfte.

I.

Nicht alle ‚Rechtsgeschäfte' bedürfen zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit des ‚Zugehens'.

Es kann nach Anlage der vorliegenden Arbeit hier nicht der Platz sein, eingehender auf diese bedeutungsvolle Frage einzugehen. Es mag daher auf die entscheidenden Ausführungen von Manigk in Iher. Jahrb. Bd. 83 S. 39 ff. verwiesen sein. Nur dies soll in Kürze zur Klärung der Sachlage beigetragen werden.

Noch heute verquickt ein großer Teil des Schrifttumes[1]) in dem Worte ‚Erklärung' (‚Willenserklärung') zwei voneinander verschiedene Begriffe: die echte „Erklärung" und die bloße „Aeußerung".[2])

„Erklären" kann man stets nur etwas einem anderen. Jede Erklärung ist somit — wie Brodmann formuliert — „ein Vorgang von Bewußtsein zu Bewußtsein"[3]). Sie begnügt sich nicht damit, ihren Ursprung im Bewußtsein des Sichäußernden zu nehmen, sondern fordert begrifflich auch eine Beziehung auf die Rechtspersönlichkeit eines anderen (vgl. Manigk WeWg. 175 ff.). So erhalten wir: Erklärung ist nur die vom Willen des Aeußernden getragene und dem anderen zugegangene Aeußerung.[4])

Was die herrschende Lehre dagegen unter ‚Erklärungen' versteht, sind die Aeußerungen. Diese sind existent allein durch ihre Beziehung auf die

1) So immer noch: Oertmann § 130; Planck vor § 116; Staudinger, Einl. 3 c.; Soergel; Warneyer; Enneccerus-Nipperdey § 128 IV, vgl. auch § 149 I.

2) vgl. auch Manigk, WeWg. 346 ff., 454, 571, 533.

3) Brodmann in Ehrenbergs Hdb. Bd. 4, Abt. 2, § 4, Anm 1.

4) Das Gesetz läßt zur Beziehung der E. auf den Empfänger (statt der Kenntnis) das ‚Zugehen' genügen. — So wohl auch Brodmann S. 18: „Die E. ist nicht vollendet, es sei denn, daß der Empfänger sie gelesen (oder geflissentlich nicht gelesen) hat. — Die positive Vorschrift des § 130 BGB bestimmt anders". — De lege ferenda ist durchaus denkbar, — wenn nicht wünschenswert, — daß die Empfängerkenntnis wie der Erklärungswille (§ 119/122) behandelt wird! —

Rechtspersönlichkeit des Handelnden: Aeußerung ist jedes bewußte Verhalten eines Menschen (vgl. Mezger § 14).

II.

Diese sorgfältige Scheidung zwischen rechtsgeschäftlichen ‚Erklärungen' (= Willenserklärungen) und rechtsgeschäftlichen ‚Aeußerungen' (= Willensgeschäften) entspricht auch den rechtlichen Bedürfnissen: Eine Willenserklärung kann nur dann erforderlich sein, wenn ohne ‚Zugehen' die Entstehung des Rechtsgeschäftes unmöglich oder für dritte gefährlich ist.[5]) Nur in diesen Fällen besteht ein rechtliches Interesse an der Benachrichtigung des anderen von der Vornahme des Rechtsgeschäftes. Die We ist daher nicht nur autonome Ausführung eines rechtlichen Wollens, sie ist auch Benachrichtigung und ist Aussage über die Erfolgsvorstellungen des Erklärenden.[6])

Wenn dagegen der rechtliche Erfolg auf die Rechtssphäre des Handelnden begrenzt bleibt, oder wenigstens die Möglichkeit fremder Rechtsgutverletzung — auch ohne ‚Zugehen' — ausgeschlossen ist, kann und muß die rechtsgeschäftliche Ausführung durch Willensgeschäft genügen.[7])

Wer Besitz oder Eigentum an einer Sache aufgibt, oder wer sich herrenlose Sachen aneignet, braucht niemandem etwas ‚erklären'. Nur um der Publizität willen fordern die §§ 854, 856 und 958 eine Besitzhandlung.

Aber auch bei Vornahme eines ‚Insichgeschäftes nach § 185', einer ‚Vertragsannahme gemäß § 151', einer Ehelichkeitsanerkennung u. a. können Rechte Dritter auch ohne Zugehen rechtswidrig nicht verletzt werden. Solche Eingriffe sind stets rechtmäßig, — teils infolge Einwilligung des Betroffenen (§ 151), teils infolge der ‚Rechtfertigungsgründe' der „mutmaßlichen Einwilligung" (z. B. in § 185 bei ‚Erfüllung

---

5) Vgl. auch Manigk, Jh. Jahrb. 83, 61: „Ein zufälliger Beobachter ist im Verkehrs- und Rechtssinne nicht Gegner und schutzbedürftiger Interessent an der E."; vgl. auch Jacobsohn, Jh. Jahrb. 56, 358 ff., 390 ff. — Ueber die Notwendigkeit einer solchen Trennung vgl. auch: Manigk WeWg 436, 454, 571; ferner 311 ff., insb. 319; Jh. Jahrb. 83, 48 Anm. 2; Hölder Jh. Jahrb. 55, 244: „Ein Monolog ist keine We", Komm. 27 a; Hellmann Jh. Jahrb. 42, 413 ff.; Binder 91; R. Leonhard 283; Henle 58 f.; Jacobsohn Jh. Jahrb. 46, 400 u. 65, 319 ff.; z. T. Planck vor § 116 Z. 3; v. Tuhr § 69 III; ferner Brinz 473; Bekker II 72; Regelsberger 473; Lenel Jh. Jahrb. 36, 4; a. A. Oertmann, Recht 06, 723; Komm. I, 317, 326, 337; Staudinger Einl. vor Rgeschäfte 3 c.

6) Hierzu Manigk Arch. R. Phil. 26, S. 364 f. gegen Larenz „Geltungserklärung".

7) Damit wird auch hier die Rechtswidrigkeit als entscheidender Gesichtspunkt erkennbar: Eine Kündigung, die nicht ‚zugeht', ist kein Rechts-, sondern ein Unrechtsgeschäft — und daher unwirksam! —

einer 'Verbindlichkeit') oder des „höherwertigen Interesses" (z. B. bei der 'Ehelichkeitsanerkennung').[8])

In allen diesen Fällen kann das Gesetz daher gestatten, daß sich das Rechtsgeschäft allein in der Sphäre des Handelnden vollende — ohne jede Mitwirkung eines Dritten. Ob und wann irgend ein anderer von der Vornahme solchen Rechtsgeschäftes erfährt, ist gleichgültig, da niemandem ein berechtigtes Interesse an der Kenntnisnahme zusteht.

Somit ergibt sich: Die 'Willensgeschäfte' bedürfen nicht des Zugehens.

Zu den Willensgeschäften gehören aber nicht, wie ein Teil des Schrifttumes annimmt, auch Testament, Stiftung, Auslobung u. dgl.[9]) Diese unterscheiden sich zwar von den übrigen Willenserklärungen dadurch, daß ihr 'Empfängerkreis' ein unbestimmter ist. Aber das kann nicht Ursache tiefer gehenden Unterschiedes sein, zumal auch bei der Vertragsofferte die Zahl der Empfänger unbestimmt sein kann (z. B. Zeitungsofferte).

Wichtiger scheint die Feststellung, daß durch sie bestehende Rechte Dritter — auch ohne ein 'Zugehen' — nicht verletzt werden können. Sie fügen dem alten Rechtsbestande der Betroffenen lediglich neue Rechte hinzu. Ein 'Rechtsbereich' wird aber nicht allein dadurch verletzt, daß man ihm bestehende Rechte beschädigt, sondern insbesondere auch dadurch, daß man ihm ohne Wissen und Willen seines Herrn neue Rechte aufdrängt. Denn niemand hat das 'Recht', die Rechtssphäre seines Nachbarn in irgend einer Weise — im günstigen wie im schlechten Sinne — zu verändern, sofern ihm nicht besondere Rechtfertigungsgründe (Einwilligung des Betroffenen, dingliche Rechte usw.) zur Seite stehen. Jeder Einzelne und insbesondere die Rechtsgemeinschaft selbst haben ein dringendes 'rechtliches Interesse' daran, daß jeder in Frieden gelassen wird, und niemand seinen Bereich zu Unrecht verkleinert oder vergrößert. Denn jedes neue 'Recht' birgt eine Unzahl neuer Pflichten! —

Kapitel 2. Der Zugang als Bestandteil der Willenserklärung.

Jeder begriffsgerechten We. ist das 'Zugehen' begrifflich immanent; denn nur die zugegangene Aeußerung ist — wie wir sahen — eine Er-

---

8) vgl. Mezger § 27 ff. (Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit).
9) Die Unvereinbarkeit jener Lehre mit dem Gesetz zeigen deutlich die Beispiele bei Manigk, Jh. Jahrb. 83, 40 f.

klärung. Daraus folgt: Das ‚Zugehen' ist ein Teil des Tatbestandes der Willenserklärung.[10])

Auch dies hat ein großer Teil des Schrifttumes bisher verkannt, indem es das ‚Zugehen' nur als „Wirksamkeitsvoraussetzung" mancher — und nicht als „Begriffsbestandteil" jeder Erklärung auffaßt.

Der Beweis für unsere Ansicht, daß erst Aeußerung und Zugang zusammen den Erklärungstatbestand bilden, die We also Erklärer und Empfänger miteinander in einem dialektischen Gegensatz verbindet, ist die Tatsache, daß in der Rechtswirklichkeit der wahre Wille durch die Zurechnung eines solchen ersetzt wird. Denn nur ein dialektischer Gegensatz mehrerer Interessen, nur das Verkehrsinteresse kann gebieten, daß um der ‚Verkehrssicherheit' willen, objektive Indizien innere Momente ersetzen können. Nur so läßt sich erklären, daß ein Verhalten, das nicht vom Rechtsfolgewillen — vielleicht nicht einmal vom sog. Mitteilungswillen — getragen ist, als Willenserklärung wirkt. Im Gebiete der ‚nicht zugangsbedürftigen' Willensäußerungen wäre eine solche Regelung unnötig und darum verwerflich: Solange nicht der Rechtsverkehr —, um Interessenkollisionen zu vermeiden, — die Vernachlässigung des wahren Willens erfordert, ist solche Behandlung des Sichäußernden eine sinnlose, in nichts begründete Ungerechtigkeit! —

Kapitel 3. Die Doppelfunktion des ‚Zugehens'.

I.

In einem absoluten — darum wirklichkeitsfremden — Rechtssystem setzt sich eine ‚Willenserklärung' aus dem rechtsgeschäftlichen Wollen des Erklärenden und der Kenntnisnahme des Empfängers von diesem rechtsgeschäftlichen Wollen zusammen. Nur dann ist die rechtliche und tatsächliche Verbindung zugleich vollendet: Sein und Sollen identisch.

Wir wissen indessen, daß jenes „Ideal" in unserem durch menschliche Schwächen bedingtem Rechtssystem nicht möglich ist. Der dialektische Gegensatz zwischen den beiden Teilen einer Erklärung läßt sich in der Rechtswirklichkeit nur lösen, wenn Schuld und Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens in der Zurechnung berücksichtigt wird.[10a])

10) So auch Manigk, WeWg 192 f. Irrt. u. Ausl. 251, Anm. 1, Jh. Jahrb. 83, 48 insb. Anm. 2; und Brodmann § 4 Anm. 1: „Woraus erklärt sich, daß „wenn die We begrifflich mit der ‚Abgabe' der E. vollendet sei, noch etwas weiteres folgen müsse, damit sie wirksam werde?" — Die Frage, ob das Z. zum Begriff oder nur zur Wirksamkeit der We gehört, ist maßgeblich insb. für den Erfüllungsort. Vgl. hierzu Brodmann § 4.

10a) In § 130 einer= und in § 119/122 BGB. andererseits (;die Haftung auf das Vertrauensinteresse in § 122 ist die Folge der Pflichtverletzung des Erklärenden).

II.

Freilich darf man nicht verkennen, daß unser Bürgerliches Gesetzbuch jene beiden Voraussetzungen einer ‚tatsächlichen' Verbindung, nämlich ‚Willen des Erklärenden' und ‚Kenntnis des Empfängers', verschieden berücksichtigt.

Der Wille des Erklärenden ist für die ‚rechtliche' Verbindung nicht ohne Bedeutung. Das beweist § 119, der die Anfechtung ungewollter Erklärungen gestattet. Denn die Möglichkeit solcher Anfechtung läßt sich systematisch allein dann erfassen, wenn man mit Manigk[11]) — dem Begriff der We den Rechtsschein[12]) gegenüberstellt.

Demgegenüber bleibt die Kenntnis des Empfängers für die dauernde Wirksamkeit der We außer Betracht. Denn der Empfänger kann wegen mangelnder Kenntnis die E. nicht anfechten.

III.

Daraus ergibt sich zugleich die doppelte Funktion des ‚Zugehens':

I. Bei der echten We ersetzt das Zugehen die Kenntnis des Empfängers: Willenserklärung i. S. des Bürgl. Gesetzbuches ist die vom Erklärenden gewollte und dem Empfänger zugegangene Mitteilung des Rechtsfolgewillens.[13])

II. Bei der ungewollten Schein-We (die ohne We zu sein, We-Folgen hervorruft), ersetzt das Zugehen den Willen des Erklärenden; denn hier ist die Kenntnis des Empfängers stets vorhanden, da er sich andernfalls auf die ‚E.' nicht berufen könnte! —: Als Willenserklärung wirksam ist die dem Empfänger zugegangene Aeußerung.

---

11) in ‚Irrtum u. Auslegung' 242 ff., Ih. Jahrb. 83, 94 ff., vgl. auch in RGPrax. VI, 148; — vgl. ferner Jacobi 49; Jacobsohn Ih. Jahrb. 56, 358 ff. u. 390. — Der Streit der Willens- und Erklärungstheoretiker wird durch die Lehre von der Zurechnung hinfällig. Willenstheoretiker sind: Enneccerus § 136 II A 3; Isay 25; v. Tuhr 403; Oertmann 331; Pininski 329; Planck 263; F. Leonhard; Lehmann 229; Siegel in Arch. f. ziv. Pr. 111, 15; Nipperdey § 136 II; — Erklärungstheoretiker: Wedemeyer 61; Biermann 240 Anm. 3; Hölder 430; Zitelmann I § 94 a. —

12) ‚Rechtsschein' ist hier im engeren Sinne als zurechenbarer ‚unwahrer Schein' zu verstehen, vgl. S. 33 Anm. 11 unten. — Die Lehre von der Zurechnung macht die Aufstellung besonderer ‚Rechtsbegriffe' nicht hinfällig. Nur darf man nicht verkennen, daß diese ebenso wie der Rechtsschein nur ‚Rechtsfiguren' zur Kennzeichnung besonderer Zurechnung sind: den Rechtsbegriff erfüllen die ‚für immer', den Rechtsschein die ‚noch anfechtbar' ‚als We zugerechneten Aeußerungen'.

13) Bei sog. ‚Motivirrtum' ist die Aeußerung gewollt. Irrtum über ‚wesentliche Eigenschaften' ist rechtlich als Irrtum über den ‚Inhalt' der E. zu werten. —

1. Willenserklärung ist das beiden Teilen endgültig zurechenbare Erklärungsverhalten.[14])

2. Schein-Willenserklärung ist ein dem Aeußernden nur primär zurechenbares[15]) Erklärungsverhalten.[16])

---

14) Vgl. Manigk in Jh. Jahrb. Bd. 83 S. 1 ff.

15) Auch die Verwirkung des Anfechtungsrechtes gemäß § 121 bei schuldhaftem Zögern entspricht der Lehre von der Zurechnung; denn hier verletzt der „Erklärende" schuldhaft seine Aufklärungspflicht gegenüber dem andern. — § 121 Abs. 2 entspricht dem auf S. 32 dargelegten Grundsatz (Verwirkung infolge dauernder (!), wenn auch schuldloser Pflichtverletzung). — Die Anerkennung der Zurechnungslehre durch das Bürgl. Gesetzbuch wird somit in seinen Bestimmungen über die Anfechtung einer „We" besonders deutlich: vgl. ferner § 122 Abs. 2, § 123 Abs. 2 u. 3, insb. auch § 124 (vis compulsiva ist Schuldausschließungsgrund; bei vis absoluta liegt kein rechtlich zu wertendes ‚Verhalten' vor! vgl. hierzu Mezger § 48 II u. § 14).

16) Je mehr ein Gesetz die Zurechnung – u. damit die Grundsätze einer dem Rechte gemäßen Wertung – berücksichtigt, umso einfacher wird seine Handhabung, umso geringer seine Kasuistik. In ihr allein liegt die Möglichkeit, die starren Formeln überkommener Rechtsatzung zu überwinden, die Antinomie zwischen Verkehrssicherheit und Gerechtigkeit — den widerstreitenden Elementen der Rechtsidee – zu lösen und — Volksanschauung und Juristenrecht in Einklang zu bringen.

Lebenslauf.

Am 11. Mai 1911 wurde ich zu Königsberg i. Pr. als Sohn des Geheimen Oberbergrates, o. ö. Professors der Rechte an der Universität Königsberg und ord. Honorarprofessors an der Universität Marburg Dr. Adolf Arndt und seiner Ehefrau Louise, geb. Zabeler, geboren. In Berlin besuchte ich die Vorschule des Kaiserin-Augusta-Gymnasiums, seit 1920 in Marburg das Gymnasium Philippinum. Ostern 1930 bestand ich das Abiturientenexamen. Anschließend studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Berlin, Marburg und München. Am 11. Oktober 1933 habe ich die mündliche Doktorprüfung bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität Marburg bestanden.